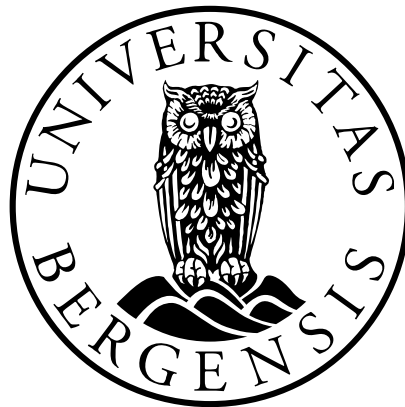


Tolkning av Entire Agreement-klausuler i lys av norske tolkningsprinsipper

Kandidatnummer: 211

Antall ord: 13555



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

[01.06.2015]

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	I
1 Innledning	1
1.1 Tema og problemstilling	1
1.2 Presisering av temaet	2
1.2.1 Bakgrunnen for avhandlingen: Kommersiell kontraktsrett i endring	2
1.2.2 Avgrensning	3
1.3 Boilerplate-klausuler	5
1.3.1 Generelt om boilerplate-klausuler	5
1.3.2 Entire Agreement-klausuler	6
1.4 Internasjonal harmonisering av reglene for avtaletolkning	7
1.5 Videre behandling	9
2 Avtaletolkning og EA-klausulen i engelsk rett	10
2.1 Generelt om avtaletolkning	10
2.2 Avtaletolkning i henhold til EA-klausulen	12
2.3 Forskjeller i engelsk og norsk kontraktsrett	13
2.3.1 Ulikt utgangspunkt i engelsk og norsk rett	13
2.3.2 Overordnede kontraktsrettslige hensyn	14
2.4 Avtaletolkning i engelsk rett	19
2.4.1 Engelske tolkningsprinsipper	19
2.4.2 EA-klausulen som bevisavskjæringsregel i engelsk rett	21
3 EA-klausulen og norsk tolkningslære	23
3.1 Innledning	23
3.1.1 Utgangspunkt og videre struktur	23
3.1.2 EA-klausulen i norsk rettspraksis	24
3.1.3 Internasjonale prinsipper som retningslinjer for tolkningen	26
3.2 Hva vil det si at kontrakten utgjør “the entire agreement”	28
3.2.1 Med utgangspunkt i ordlyden	28
3.2.2 Partenes felles forståelse	29
3.2.3 Kan norsk tolkningslære medføre at EA-klausulen tolkes etter sitt innhold i engelsk rett?	32
3.3 Partenes berettigende forventninger i lys av den objektive tolkningsteori	34

3.3.1	Innledning.....	34
3.3.2	Operasjonshensyn og formålshensyn	34
3.4	Tolkning på bakgrunn av rimelighetsbetraktninger	37
3.4.1	Innledning.....	37
3.4.2	Lojalitetsprinsippet som tolkningsfaktor.....	37
3.4.3	Korrigerende tolkning	39
3.5	Tolkning og utfylling	41
4	Avslutning	43
4.1	Kort sammendrag	43
4.2	EA-klausuler og fremtidige kontrakter	44
	Litteraturliste	47

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Kommersielle kontrakter utformes i økende grad etter innflytelse fra engelsk og amerikansk kontraktsrett.¹ Som en konsekvens av dette inkorporeres det ofte angloamerikanske *boilerplate-klausuler* i kommersielle kontrakter.² Boilerplate-klausulene utgjør en form for standardvilkår som er utviklet i, og tilpasset, common law-tradisjonen. Klausulene inkorporeres imidlertid i kontrakter uavhengig av hvilken bakgrunnsrett som er satt til å regulere forholdet.

Termen boilerplate-klausuler er et samlebegrep for ulike klausuler som regulerer forskjellige forhold ved kontrakten.³ For å få til en konkret og detaljert analyse i henhold til oppgavens tema vil problemstillingen omhandle en enkelt boilerplate-klausul, herunder *entire agreement-klausulen*. Entire agreement-klausulen ønsker å avgrense avtalen til å utgå fra den skriftlige kontrakten og således gjøre kontraktsdokumentet som uttrykk for *the entire agreement*.⁴

Problemstillingen for oppgaven er hvordan entire agreement-klausulen tolkes når norsk rett er valgt som gjeldende bakgrunnsrett. Herunder utløper flere underproblemstillinger. En problemstilling er hvorvidt en entire agreement-klausul medfører begrensninger i anvendelsen av norske tolkningsprinsipper og avvik fra norsk tolkningslære. En følgende problemstilling er hvorvidt entire agreement-klausulen er utformet med et utgangspunkt i engelsk kontraktsrett som fører til at klausulen ikke er kompatibel med norsk kontraktsrett.

¹ Giuditta Cordero Moss, *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable law*, Cambride 2001, s. 115.

² Giuditta Cordero Moss, "Anglo-American Contract Models and Norwegian or other Civilian Govering Law", *Institutt for privatrett*, skriftserie 169, Oslo 2007, s. 8.

³ Giuditta Cordero-Moss, "International Commercial Law", *Institutt for privatrett*, skriftserie 185, Oslo 2010, s. 83.

⁴ Ewan McKendrick, *Contract Law*, 5. utgave, Oxford 2012, s. 402.

1.2 Presisering av temaet

1.2.1 Bakgrunnen for avhandlingen: Kommersiell kontraktsrett i endring

Inkorporering av boilerplate-klausuler kan ses i sammenheng med den stadig økende internasjonaliseringen av kontraktsretten. Flere og kompliserte avtalerelasjoner på tvers av landegrensene bidrar til at norsk kontraktsrett møter på prinsipper fra øvrige lands rettstradisjoner. Bakgrunnen for at nettopp angloamerikanske modeller har fått så stor slagkraft i kontraktsretten kan tenkes å være USAs og Englands ledende roller i den internasjonale økonomi og handel.

Kontraktsretten opererer på bakgrunn av rettslige hensyn og prinsipper. En internasjonalisering av kontraktsretten kan være problematisk all den tid kontraktsrettslige hensyn og prinsipper, samt anvendelse og vektlegging av slike, varierer i ulike rettssystemer. England og USA har et rettssystem som stammer fra *common law* og opererer på flere måter ulikt fra de rettssystem som har sitt utspring i *civil law*.⁵ Utforming av kontrakter etter et engelsk og amerikansk ”mønster” gjelder ikke utelukkende ved kontrakter hvor en eller flere av partene tilhører *common law*-tradisjonen. Boilerplate-klausuler er også å finne i internasjonale kontrakter hvor begge partene har sete i den europakontinentale *civil law*-tradisjonen og også ved tradisjonelle, nasjonale kontraktsforhold innad i *civil law*-land.⁶⁷

Dersom kontrakter er skrevet uten tanke på den bakgrunnsrett kontrakten styres av, kan det stilles spørsmål til hvorvidt kontrakten også må tolkes med utgangspunkt i kontraktsrettslige prinsipper som ikke tilhører bakgrunnsretten.⁸ Et problem som oppstår i denne forbindelse er at det formål som klausulen er ment å tjene ikke nødvendigvis vil oppnås ved tolkning av klausulen i lys av tolkningsprinsipper fra øvrige rettssystemer. Formålet ved inkorporering av en entire agreement-klausul i kontrakt er å oppnå størst mulig forutberegnelighet for partene i

⁵ Mer detaljert beskrivelse av forskjellene i *common-* og *civil-law* i avsnitt 2.3.1.

⁶ Cordero Moss, *Boilerplate-clauses, International commercial contracts and the applicable law*, s. 1.

⁷ Cordero Moss, ”International contracts between Common Law and civil law: Is non-state law to be preferred? The difficulty of interpreting legal standards such as good faith,” *Global jurist*, volum 7 issue 1, art. 3, 2007, s. 3.

⁸ Cordero Moss, *Boilerplate-clauses, International commercial contracts and the applicable law*, s. 2.

kontraktsforholdet.⁹ Hensynet til forutberegnelighet står som en grunnpilar i både engelsk og norsk kontraktsrett. Imidlertid vil hensynet til forutberegnelighet i norsk rett balanseres opp mot lojalitets- og rimelighetshensyn. Klausulen kan således ende opp med et innhold som tilpasses bakgrunnsretten og dermed føre til at nettopp forutberegneligheten svekkes.

1.2.2 Avgrensning

For å kunne oppnå en mest mulig konkretisert og dyptgående analyse i henhold til problemstillingen er det nødvendig med en ytterligere presisering av utgangspunktet for drøftelsen.

Forbrukeravtaler

I avtaler mellom en profesjonell aktør og en forbruker vil forbrukeren anses som mer beskyttelsesverdig og vil på bakgrunn av dette ha en lovbestemt sterkere stilling enn den profesjonelle aktøren. Avtalefriheten vil her ofte være begrenset gjennom preseptorisk lovgivning. Dette bidrar til at avtaletolkningen i forbrukerforhold får et annet utgangspunkt enn i kontraktsforhold hvor partene likestilles av loven og avtalefriheten bidrar til få begrensninger. På bakgrunn av dette er boilerplate-klausuler lite vanlig utenfor kommersielle avtaler.¹⁰ For å konkretisere den videre analysen, samt å unngå å ta stilling til problemstillinger som er lite relevant i praksis, vil oppgaven avgrenses mot forbrukerkontrakter og holde seg til kommersielle kontrakter mellom profesjonelle aktører.

Lovvalsregler og CISG

Ved grenseoverskridende kontraktsforhold er det partene selv eller lovvalsreglene (conflict of laws/privat international law¹¹) som bestemmer hvilket lands rett som skal regulere kontrakten. All den tid problemstillingen omhandler hvordan Entire Agreement-klausulen vil

⁹ Ewan McKendrick, *Contract law*, 5. utgave Oxford 2012, s. 402.

¹⁰ Cordero Moss, *Boilerplate-clauses, International commercial contracts and the applicable law*, s. 3.

¹¹ Begreper brukt i henholdsvis USA og England.

tolkes i norsk rett legges det til grunn en forutsetning om at partene har valgt norsk rett som gjeldende bakgrunnsrett.

Det må i forbindelse med lovvalgsreglene gjøres en ytterligere begrensning. All den tid Norge har ratifisert CISG¹² er utgangspunktet etter art. 1 at CISG utgjør den gjeldende bakgrunnsrett ved internasjonale avtaler. Imidlertid er det, som nevnt i forrige avsnitt, ikke bare ved internasjonale avtaler at boilerplate-klausulene inkorporeres. I tillegg kan partene etter CISG art. 6 velge at konvensjonen ikke skal få anvendelse. På dette grunnlag gjøres det også en avgrensning mot CISG og legges til grunn at det er de norske avtalerettslige prinsipper som vil regulere kontrakten.

Sammenligning med engelsk rett

For å få frem de eventuelle problemstillinger som knytter seg til tolkningen av Entire agreement-klausuler i norsk rett vil oppgaven se på hvilket innholdet klausulen tillegges etter regler for engelsk avtaletolkning. Slik vil det forekomme et komparativt element i avhandlingen.

Til tross for at boilerplate-klausulene er utviklet både i engelsk og amerikansk kontraktspraksis vil oppgaven ta utgangspunkt i klausulen slik den er utviklet i engelsk rett. Begrunnelsen for dette er at det finnes vesentlige forskjeller i engelsk og amerikansk kontraktsrett og hvorav en behandling av begge rettssystemer fort vil bli for omfattende. Bakgrunnen for at det tas utgangspunkt i nettopp engelsk rett er Norges geografiske tilknytning til England og det langvarige handelssamarbeidet som foreligger mellom statene. I tillegg er engelsk og norsk rett tydeligere motsetninger ved vektlegging av kontraktsrettslige hensyn, noe som forhåpentligvis vil klargjøre de utfordringer problemstillingen belyser.

¹² United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods (Vienna 1980), på norsk: FN-konvensjonen om internasjonalt løsørekjøp, LOV-1988-05-13-426.

1.3 Boilerplate-klausuler

1.3.1 Generelt om boilerplate-klausuler

Boilerplate-klausuler er som nevnt rettslige konsepter som er utviklet i engelsk og amerikansk rettspraksis. Man kan gjerne også referer til dem som kontraktreguleringer¹³ eller kontraktstermer.¹⁴ Black's law dictionary definerer boilerplate-klausuler som "ready-made or all-purpose language that will fit in a variety of documents", og som "fixed or standardized contractual language that the proposing party views as relatively nonnegotiable".¹⁵ Som definisjonen tilsier er boilerplate-klausulen ofte standardiserte utsagn som ikke er gjenstand for individuell forhandling.

Det karakteristiske kjennetegnet ved Boilerplate-klausulene er at de regulerer hvordan *kontrakten opererer*, i motsetning til å regulere konkrete partsrettigheter.¹⁶ Med dette menes det at klausulene skiller seg fra øvrige kontraktsvilkår som utgjør en parts forpliktelser og rettigheter i kontraktsforholdet. Boilerplate-klausuler vil for eksempel sette spesifikke krav til hvorvidt det er inngått en gyldig avtale og til hvordan den gyldig kan endres.¹⁷ Dette er forhold som normalt vil være regulert i bakgrunnsretten og det kan dermed stilles spørsmål om hvorvidt boilerplate-klausulene overtar deler av avtalereguleringen, som normalt ville utgått fra bakgrunnsretten. I engelsk juridisk teori gjøres det gjerne en tredeling av boilerplate-klausulene basert på hvorvidt de lar seg koordinere med bakgrunnsretten. Relevant i dette henseende er Entire agreement-klausulen, som i engelsk teori gjerne sies å inngå i kategorien av klausuler som søker å "fully detach() the contract from the applicable law"¹⁸.

¹³ Cordero Moss, *Boilerplate-clauses, International commercial contracts and the applicable law*, preface.

¹⁴ McKendrick, s. 390.

¹⁵ Bryan A Garner, *Black Laws dictionary*, 8. utgave, St.Paul, Minn, 2004, s. 185.

¹⁶ McKendrick, s. 391 med videre henvisninger.

¹⁷ Henholdsvis Subject to contract- og No oral admendments-klausuler.

¹⁸ Cordero Moss, *Boilerplate-clauses, International commercial contracts and the applicable law*, s. 125.

1.3.2 Entire Agreement-klausuler

Ved inkorporering av en entire agreement-klausul ønsker partene, som nevnt, å gjøre kontraktsdokumentet til det uttømmende uttrykk for avtalen. I amerikansk teori omtales den gjerne som "integration clause" og "merger clause".¹⁹ Klausulen går ofte under navnet integrasjonsklausul på norsk.²⁰ I den følgende behandlingen av klausulen vil den refereres til som EA-klausul.

En EA-klausul kan defineres som "A contractual provision stating that the contract represents the parties complete and final agreement and supersedes all informal understandings and oral agreements relating to the subject matter of the contract."²¹ Som beskrivelsen uttrykker er hensikten med EA-klausulen å sikre at avtalen mellom kontraktspartene ligger innenfor rammen av den skriftlige kontrakten. Tidligere kommunikasjon, herunder både skriftlig og muntlig, faller således utenfor det som er avtalen og skal ikke medtas i regulering av kontrakten. Klausulen omtales også som "four corner clauses", som gir en tydelig henvisning til at avtalen skal forbli innenfor rammene av kontraktsdokumentet.²² Formålet bak EA-klausulen er å sikre forutberegnelighet, samt å unngå større kostnader ved bevisføring ved en eventuell tvist mellom partene.

Et eksempel på hvordan en EA-klausul utformes i praksis er "This Agreement contains the entire agreement between the Parties relating to its subject matter, and supersedes any previous communication, representation or promise, whether written or oral."²³

¹⁹ Marcel Fontain, Filip De Ly, *Drafting International Contracts – an analyses of contract clauses*, New York 2006, s. 118.

²⁰ LA-2013-157761, (Agder lagmannsrett, 2014-05-27).

²¹ Garner, *Blacks law dictionary* s. 829.

²² Fontain, De Ly, s. 130.

²³ LA-2013-157761, (Agder lagmannsrett, 2014-05-27).

1.4 Internasjonal harmonisering av reglene for avtaletolkning

Innledningsvis vil det også være relevant å si noe om den internasjonale harmoniseringsprosessen som foregår på kontraktsrettens område. Harmonisering av den internasjonale kontraktsretten viser til en samordning og forening av kontraktsretten på tvers av landegrenser. Formålet er at grenseoverskridende avtaleforhold skal inneha god grad av sikkerhet og effektivitet, samt at hensynet til forutberegnelighet skal kunne ivaretas på best mulig måte. Dersom man i kontrakter møter på en problemstilling som er knyttet til utenlandske og ukjente kontraktsvilkår vil de internasjonale instrumentene være et naturlig sted å søke retningslinjer. Bakgrunnen for å innta dette punktet i oppgaven er å belyse hvilke internasjonale kilder som kan gi retningslinjer ved tolkningen av EA-klausulen i norsk rett.

UNIDROIT-prinsippene og PECL

Det er flere institusjoner som har som sitt formål å harmonisere kontraktsretten og det benyttes ulike instrumenter i arbeidet. Det er særlig to instrumenter som er aktuelle i denne sammenheng, herav *UNIDROIT principles of international commercial contracts 2010* (Heretter: UNIDROIT-prinsippene) og *Principles of European Contract Law* (Heretter: PECL).

UNIDROIT-prinsippene er utformet av UNIDROIT som er et organ med et overordnet formål om å harmonisere privatrekken.²⁴ Til dels utgjør UNIDROIT-prinsippene en kodifisering av den praksis og de prinsipper som underligger den internasjonale kommersielle retten, samt noe nyskapning utformet av ekspertgrupper innad i organet.

PECL er utformet av kommisjonen for europeisk kontraktsrett.²⁵ PECL er utviklet parallelt med UNIDROIT-prinsippene og de er i stor grad like i sin utforming.²⁶ Forskjellen mellom de to er i hovedsak at UNIDROIT-prinsippene retter seg mot hele det internasjonale samfunnet, mens PECL er rettet mot Europa.

²⁴ Roy Goode, Herbert Kronke, Ewan McKendrick, *Transnational commercial law*, New York 2007, s. 203.

²⁵ Op.cit. s. 510.

²⁶ Op.cit. s. 511.

UNIDROIT-prinsippene og PECL er instrumenter som ikke er ment å være rettslig bindende, men utgjør *prinsipper* som gir rettslige retningslinjer som det kan velges å se hen til ved rettsanvendelsen.²⁷ Hensikten ved prinsippene er å systematisere den internasjonale kommersielle retten og tilrettelegge for like tolkningsprinsipper. Det følger av PECL art. 1:101 4) at "*These Principles may provide a solution to the issue raised where the system or rules of law applicable do not do so.*" UNIDROIT-prinsippene har en tilsvarende uttalelse i sin innledning hvor det følger at prinsippene "*(...) may be used to interpret og supplement domestic law*".

UNIDROIT-prinsippene og PECL skiller seg således fra konvensjoner hvor stater gjennom ratifisering blir bundet av konvensjonens bestemmelser. Prinsippene kan ikke likestilles med nasjonal lovgivning med mindre de er inkorporert i nasjonale rettskilder. I engelsk juridisk teori taler man gjerne om denne typen rettslig instrument som "*restatements*"²⁸ eller en form for "*soft law*"²⁹. UNIDROIT-prinsippene og PECL berører i større eller mindre grad de områder som klausulene omhandler og vil derfor inntas i drøftelsen hvor dette er relevant.

²⁷ Goode, Kronke, McKendrick,, s. 509.

²⁸ Op.cit. s. 505.

²⁹ Op.cit. s. 92.

1.5 Videre behandling

Så langt har oppgaven forsøkt å klargjøre hva som ligger til grunn for problemstillingen og konkretisere utgangspunktet for den videre drøftelse.

I det følgende vil oppgaven deles opp i to deler, henholdsvis kapittel 2 og 3. Kapittel 2 vil starte med en redegjørelse av avtaletolkning og belyse på hvilken måte tolkningsprosessen kan bli problematisk i henhold til EA-klausulen. For å kunne besvare oppgavens problemstilling på en tilfredsstillende måte vil man i kapittel 2 også se på hvilke forskjeller man finner i norsk og engelsk kontraktsrett. Fokuset vil rettes mot overordnede kontraktsrettslige hensyn og tolkningsprinsipper. Avslutningsvis vil oppgaven også behandle hvilket innhold EA-klausulen tildeles i engelsk rett. All den tid EA-klausulen utgår fra engelsk rett vil man anta at den er tilpasset engelske tolkningsprinsipper på en slik måte at den under engelsk rett oppnår sitt tilsiktede formål. Når klausulen anvendes under norsk rett står den ovenfor et annet utgangspunkt enn i engelsk rett. Bakgrunnen for at oppgaven trekker inn engelsk rett er således for å tydeliggjøre hvilke problemstillinger EA-klausulen eventuelt aktualiserer.

I kapittel 3 ser oppgaven på hvordan EA-klausulen vil tolkes etter norske tolkningsprinsipper og vurderer hvorvidt den medfører avvik fra norsk tolkningslære.

2 Avtaletolkning og EA-klausulen i engelsk rett

2.1 Generelt om avtaletolkning

På kontraktsrettens område er det avtalen som danner grunnlaget for rettsforholdet som er etablert mellom partene. Norsk kontraktsrett opererer med et overordnet prinsipp om kontraktsfrihet som bygger på tanken om privat autonomi.³⁰ Partene står fritt i valget om å binde seg gjennom kontrakt og kan selv utforme hvilke kontraktsrettslige plikter de påtar seg. Kontraktsfriheten står spesielt sterkt i kommersielle forhold da det overlates mer ansvar til profesjonelle aktører. På bakgrunn av dette er de avtalerettslige lovreglene i hovedsak fravikelige ved kommersielle avtaler.³¹ Også i internasjonale kilder vektlegges kontraktsfriheten hvorav det følger av UNIDROIT-prinsippene, art 1.1 at ”The parties are free to enter into a contract and to determine its content”.

Kontraktsfriheten medfører at fastlegging av de vilkår som inngår i kontrakten må gjøres med kontrakten som primært rettsgrunnlag.³² Med kontrakten som primært rettsgrunnlag starter man i ordlyden som utgår fra den. Betegnelsen *avtaletolkning* brukes i Norge for vurderingen av å avklare innholdet av partenes forpliktelser. Giertsen beskriver avtaletolkning som prosessen hvor man forsøker å ”fastlegge partenes forpliktelser (...) med utgangspunkt i ordlyden og annet som knytter seg til avtalen” (min red).³³ Avtaletolkning har mange likheter med lovtolkning og bygger i stor grad på de samme tolkningsprinsippene.³⁴

Behovet for avtaletolkning kan oppstå på bakgrunn av ulike forhold. Det kan foreligge uenighet vedrørende innholdet i et kontraktsvilkår som er utformet vagt eller flertydig og

³⁰ Johan Giertsen, *Avtaler*, Oslo 2006, s. 1.

³¹ Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Oslo 2011 s. 16.

³² Erik Monsen, ”Primært rettsgrunnlag i kontraktsretten”, *Jussens venner* vol. 47, s. 323.

³³ Giertsen s. 96.

³⁴ Op.cit. s. 97.

således kan forstås på ulike måter. Også en klar ordlyd kan være gjenstand for tolkning dersom det foreligger uenighet mellom partene om hva den var ment å tilsi. Uenigheten kan også være knyttet til forhold som avtalen ikke berører. Det vil være vanskelig å kunne forutse enhver problemstilling som kan utgå fra et kontraktsforhold. Dette medfører at det vanskelig lar seg gjøre å regulere ethvert element.

Begrepet tolkning forutsetter i sin tradisjonelle betydning at det er inngått en bindende avtale og spørsmålet er således hvilket innhold eller rettsvirkninger avtalen har.³⁵ Tolkning kan også brukes ved spørsmål om hvorvidt det er inngått en bindende avtale, eller hvorvidt visse vilkår utgjør en del av avtaleinnholdet. Imidlertid er det greit å merke seg at tolkningsbegrepet da benyttes i en litt annen forstand enn det tradisjonelle tolkningsbegrepet i norsk rett.³⁶ I den videre behandlingen vil oppgaven imidlertid referere til begrepet *tolkning* uten at dette problematiseres ytterligere.

Kontraktens ordlyd utgjør som nevnt det primære rettsgrunnlaget ved avtaletolkning og øvrige rettskilder kan benyttes som tolkningsfaktorer.³⁷ Alminnelige rettskilder i norsk kontraktsrett består av både lovfestet og ulovfestet rett og det er rettskildene utover kontrakten som utgjør bakgrunnsretten. Gjennom rettspraksis er det utviklet tolkningsprinsipper og tolkningsmomenter som gir veiledning på hvilke argumenter som er av relevans og hvilken rettskildemessig vekt de innehar.³⁸

³⁵ Geir Woxholth, *Avtalerett*, 9. utgave, Oslo 2014, s 379.

³⁶ Det kan nevnes at det ofte tales om *fortolkning* ved spørsmål som gjelder hvorvidt det foreligger bindende avtale eller avtalevilkår mellom partene. Dette begrepet brukes gjerne også når man bortfortolker inngripende avtalevilkår ved skjult avtalesensur. Se Woxholdt s. 379.

³⁷ Monsen, "Primært rettsgrunnlag i kontraktsretten", s. 324.

³⁸ Giertsen, s. 97.

2.2 Avtaletolkning i henhold til EA-klausulen

EA-klausulen utgjør et avtalevilkår og er således gjenstand for tolkning på lik linje med øvrige vilkår som inngår i avtalen. All den tid partene, ved inkorporering av EA-klausulen, ønsker å gjøre kontraktsdokumentet til det uttømmende uttrykk for hva som er avtalt kan det se ut som om klausulen avgrenser tolkningen til at man kun kan forholde seg til kontraktens ordlyd.

Dersom man legger EA-klausulen til grunn ved tolkningen av, nettopp EA-klausulen, vil dette medføre at den regulerer seg selv. Dette synes problematisk og lite logisk. All den tid det er valgt norsk bakgrunnsrett må det legges til grunn at EA-klausulen må tolkes etter norske avtalerettslige prinsipper uten at det her foreligger noen begrensninger.

Det kan virke forvirrende å måtte tolke en klausul som i sitt innhold regulerer tolkningen av kontrakten. Slik kan man se det som at det foreligger en drøftelse på to nivåer. Det første nivået inneholder tolkning av selve EA-klausulen. Spørsmålet på det andre nivået blir hvordan EA-klausulen vil komme til å påvirke tolkningen av de øvrige kontraktsvilkår.

Drøftelsen vil konsentrere seg om tolkningen av selve klausulen i tråd med oppgavens problemstilling. Imidlertid vil de to aspektene på mange måter utgjøre en og samme drøftelse da tolkningen av klausulen vil være bestemmende for hvorvidt den øvrige avtaletolkningen begrenses.

2.3 Forskjeller i engelsk og norsk kontraktsrett

2.3.1 Ulikt utgangspunkt i engelsk og norsk rett

Spørsmålet som søkes klargjort i inneværende avsnitt er hvorvidt EA-klausulen står ovenfor et annet utgangspunkt i engelsk rett som kan medføre at klausulen mister sin funksjon når kontrakten reguleres av norsk tolkningslære. Vurderingen blir på mange måter om det foreligger et behov for å tilpasse EA-klausulen til et annet utgangspunkt.

Boilerplate-klausulene er utformet i common law-tradisjonen, mens norsk rett anses å stamme fra civil law-tradisjonen. Common og civil law viser til ulike *rettstradisjoner* eller *rettsfamilier*.³⁹ Ofte brukes slike begreper i komparativ rett hvor nøkkelelementet er sammenligning og klassifisering av rettssystemer som baseres på grunnlag av ulike karakteristiske faktorer.⁴⁰ Som nevnt innledningsvis har common law-tradisjonen sitt opphav i England og USA, mens civil law-tradisjonen hovedsakelig stammer fra kontinentaleuropa.

Det som kjennetegner common law er at rettsreglene i stor grad er basert på, og utformet gjennom, rettspraksis.⁴¹ I juridisk teori understrekes dette kjennetegnet ved å omtale retten som en ”judge-made law”.⁴² Man taler gjerne om en rettsanvendelse hvor man *induserer*.⁴³ Direkte overført i denne sammenheng vil det betyr at de overordnede prinsipper hentes ut fra de enkelte, spesifikke rettsavgjørelser.

I motsetning til indusering i common law sier man at civil law-systemer *deduserer* ved å starte i den overordnede lovteksten og resonnerer seg fra denne ned til spesifikke tilfeller.⁴⁴ Den karakteristiske fellesnevneren hos rettssystemer i civil law er at de opererer ut fra et systematisk rett av regler. Norsk rett, sammen med de øvrige rettssystemer i Skandinavia, skiller seg imidlertid fra den mer sentraleuropeiske civil law-tradisjonen og blir ofte omtalt

³⁹ Goode, Kronke, McKendrick, s. 134.

⁴⁰ Op.cit. s. 138.

⁴¹ McKendrick, s. 4.

⁴² John Cartwright, *Contract law, An introduction to the english law of contract for the civil lawyer*, 2. utgave, Oxford and Portland, Oregon, 2013. s.4.

⁴³ Goode, Kronke, McKendrick, s. 141.

⁴⁴ Op.cit. s. 141.

som en egen rettsfamilie.⁴⁵ Likevel har Norge, som resten av Skandinavia, hentet rettsstruktur og rettslige prinsipper fra civil law, og må klart anses å ha sine røtter i denne rettstradisjonen.⁴⁶

Engelsk og norsk rett stammer således fra ulike rettstradisjoner hvor man benytter ulike metoder og verktøy for å løse rettslige problemstillinger. Et rettslig fenomen eller konsept fra det ene rettssystemet, er ikke nødvendigvis direkte overførbart til det andre.

2.3.2 Overordnede kontraktsrettslige hensyn

En av de mest fremtredende forskjellene mellom engelsk og norsk rett, er hvilke kontraktsrettslige hensyn som ligger til grunn for avtaletolkningen.

Hensynet til forutberegnelighet

Et grunnleggende fundament i kontraktsretten er at avtaler er bindende og at de således skal oppfylles slik de er inngått.⁴⁷ Ved å vektlegge hensynet til forutberegnelighet ønsker man å sikre at avtalepartene i størst mulig grad kan forutse sin rettsstilling ved kontraktsinngåelsen. All den tid partene i all hovedsak vil ta utgangspunkt i kontraktens ordlyd kan hensynet til forutberegnelighet synes prioritert ved at det ved avtaletolkning legges stor vekt, nettopp på ordlyden.⁴⁸ Ideelt vil partene ved avtaleinngåelsen slik være i stand til å sikre sine interesser ved å sørge for at kontrakten utformes på en måte som oppnår ønsket virkning.

I engelsk kontraktsrett har man et sterkt ideal om individets autonomi.⁴⁹ Hensynet til individets autonomi tilsier at man anser individet som egnet til å sikre egne interesser. Avtalepartene tillegges derfor et stort ansvar for de konsekvenser som kontraktsinngåelsen medfører. På bakgrunn av det individuelle ansvaret vil engelske domstoler være motvillige til

⁴⁵ Goode, Kronke, McKendrick, s. 138.

⁴⁶ Cartwright, s. 8.

⁴⁷ Giertsen, s. 4.

⁴⁸ Op.cit. s. 114.

⁴⁹ Cordero-Moss, ”Anglo-american contract models and norwegian or other civilia governing law”, s. 53.

å blande seg inn i partenes avtaler og domstolens oppgave avgrenses i hovedsak til håndhevelse av partenes forpliktelser fra kontraktsforholdet.⁵⁰ Med dette menes det at engelsk domstoler vil være svært varsomme med å komme frem til et resultat som endrer eller fraviker den skrevne kontrakten.

Sammenholder man idealet om partsautonomi og kontraktens viktige betydning ser man at hensynet til forutberegnelighet er rådende i engelsk kontraktsrett. Anvendelsen av hensynet til forutberegnelighet medfører at kontrakten anses som tilstrekkelig til å regulere avtaleforholdet.⁵¹ Avtalepartene ønsker dermed å sikre seg at deres intensjon ved avtaleinngåelsen fremgår fra kontraktsdokumentet, noe som medfører at engelske kontrakter ofte er svært komplekse og omfattende.⁵² Etter en slik tankegang ser man at EA-klausulen i engelsk rett bidrar direkte til større grad av forutberegnelighet ved å gjøre kontraktsdokumentet til den uttømmende avtale.

Også i norsk kontraktsrett tillegges hensynet til forutberegnelighet stor vekt. Dette gjelder spesielt i kommersielle kontraktsforhold hvor begge parter er profesjonelle og det er et balansert styrkeforholdet mellom dem.⁵³ Imidlertid vil norske domstoler ikke være like tilbakeholdne i avtalereguleringen som engelske domstoler. Hensynet til forutberegnelighet vil i norsk rett settes opp mot andre hensyn som kan tale for at kontraktens ordlyd ikke står like sterkt som den ville gjort i engelsk rett.

Hensynet til rimelighet og rettferdighet

Det refereres til ulike rimelighets- og rettferdighetshensyn både i rettspraksis og i engelsk og norsk juridisk teori. Man kan gjerne si at det er tale om ulike standarder som det kan være vanskelig å tildele et klart definert innhold. I tillegg vil det vanskelig kunne legges sikkert til grunn at et hensyn referert til i engelsk rett direkte kan overføres til et hensyn i norsk rett. Det kan således være tale om ulike størrelser som vil være vanskelig å påvise at omhandler nøyaktig det samme. Til tross for dette foreligger det et tydelig skille mellom engelsk og

⁵⁰ Cordero-Moss, "Anglo-american contract models and norwegian or other civilia governing law", s. 53.

⁵¹ Cordero-Moss, "International contracts between Common Law and civil law: Is non-state law to be prefferd?", s. 1.

⁵² McKendrick, s. 294.

⁵³ Flere saker fra Høyesterett stadfester dette, eksempelvis: Rt. 2002 s. 1155 og Rt. 2005 s. 268.

norsk kontraktsrett ved vektlegging av rimelighetsbetraktninger i avtaletolkningen. I det følgende vil oppgaven belyse noen former av rimelighetsvurderinger.

Krav om lojal opptreden i kontraktsforhold

I norsk rett referer rettspraksis ofte til et lojalitetsprinsipp.⁵⁴ Hensynet til lojalitet i kontraktsforholdet refereres også til som en ”god tro-standard” og kan i stor grad antas å være sammenfallende med det som omtales som *good faith*⁵⁵ i engelsk litteratur. Lojalitetsprinsippet kan ses som en rettslig standard, og har blitt definert i norsk juridisk teori som ”subjektive pliktnormer med det formål å ivareta medkontrahentens interesser i rimelig grad”.⁵⁶ Mer konkret går prinsippet ut på at en kontraktspart plikter å ta hensyn til den andre parts interesser i kontraktsforholdet.

Lojalitetsprinsippet har ikke kommet til uttrykk i formell norsk kontraktslovgivning og hva som utgjør det materielle innholdet i prinsippet kan anses som uklart. Prinsippet utgjør med det en relativ standard og må fastsettes ut i fra de konkrete omstendigheter som foreligger i kontraktsforholdet.⁵⁷ Hensynet til lojalitet mellom partene fremgår ofte i relasjon til de rettigheter og plikter som utgår fra kontraktsforholdet. Ofte er vurderingen om parten kan bebreides for handlinger, eller unnlatelse av disse, ved oppfylling av kontrakten. Imidlertid vil god tro-standardens måtte sees opp mot flere aspekter, herunder krav til god tro ved forhandlinger, oppfyllelse av kontrakt og begrensning av håndhevelse av kontrakten basert på mangel av god tro.⁵⁸ I norsk rett vil lojalitetsprinsippet også brukes som et tolkningsprinsipp når man skal tolke hvilke rettigheter og plikter partene besitter på bakgrunn av kontrakten.⁵⁹

⁵⁴ Eksempelvis Rt. 2011. s. 65.

⁵⁵ Se f.eks McKendrick, kapittel 15.

⁵⁶ Linn Hoel Ringvoll, Erlend M. Leonhardsen, ”Pragmatisk i prinsippet – om lojalitetsprinsippet i kontraktsforhold”, *Jussens venner* 01/2007 s. 38.

⁵⁷ Se for eksempel Rt. 2005 s. 268.

⁵⁸ Cartwright, s. 61.

⁵⁹ Olav Hasaas, ”Lojalitetsplikt i norske og internasjonale kontraktsforhold”, *Industribygg og rettsutvikling. Juridisk festskrift i anledning Hydros 100-årsjubileum*, Bergen 2005, s. 330.

Et overordnet hensyn til rettferdighet og rimelighet i kontraktsretten

God tro-standarden kan også ses som et mer overordnet hensyn til rettferdighet og rimelige løsninger i kontraktsforholdet. I norsk tolkningslære vil vektleggingen av *reelle hensyn* føre til at en kontrakt kan tolkes og korrigeres til et rimelig og rettferdig tolkningsresultat. Norge opererer ikke med en systematisert lovfestet rett på samme måte som andre land i civil law. Dette momentet, i tillegg til den pragmatiske tilnærming til rettsspørsmål blant norske rettsanvendere, gjør at Norge er et av de landene som i størst grad har fokusert på rettferdighet og rimelige løsninger ved hjelp av en fleksibel tilnærming til tolkningen.⁶⁰ Slike hensyn kan medføre at kontraktspartene forventer at domstolen vil regulere kontrakten i henhold til et rimelig og rettferdig resultat. Dette står i sterk kontrast til dommernes begrensede innblanding i engelsk kontraktsrett.

Internasjonal anerkjennelse av "good faith"

Flere internasjonale instrumenter anerkjenner hensynet til rimelighet og god tro i kontraktsforhold. UNIDROIT-prinsippene og PECL har begge artikler som viser til rollen "good faith" bør spille i kontraktsforhold.

Det følger av UNIDROIT-prinsippene art. 1.7 at "*each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade*".⁶¹ Det foreligger imidlertid ingen detaljert analyse av innholdet i artikkelen. Ofte henvises det til artikkelen for å etablere at god tro-standardens utgjør en grunnleggende ide.⁶²

⁶⁰ Cordero-Moss, "Anglo-american contract models and norwegian and other civilian governing law", s. 66.

⁶¹ En tilsvarende bestemmelse finnes i PECL art. 2:101.

⁶² Goode, Kronke, McKendrick, s. 530.

Spenningen ved engelske avtalemoteller regulert av norsk bakgrunnsrett

Når det gjelder engelsk rett kan man litt forenklet si at konseptet om en god tro-standard ikke anerkjennes.⁶³ På bakgrunn av det sterke hensynet til forutberegnelighet og tanken om kontrakten som tilstrekkelig regulering av avtalen, er hensyn til god tro-standarder verken nødvendig eller ønskelig.⁶⁴ Engelsk rettsvesen vil vise seg motvillige til å blande seg inn i avtalerelasjonen på den måte at de endrer eller fraviker kontraktsvilkår på grunnlag av illojal opptreden eller generelle urimelighetsbetraktninger.⁶⁵

I norsk rett har vi sett at hensyn til rimelighet og rettferdighet kan brukes til å tolke, utfylle og korrigere kontrakt. Kontrakter som er utformet etter mønster fra engelsk kontraktsrett vil ofte være lange og detaljerte all den tid man ønsker å sikre seg at kontrakten selv regulerer alle forhold. EA-klausulen er et godt eksempel på at man ytterligere sikrer at dette er tilfellet. Når en slik kontrakt skal reguleres av norsk bakgrunnsrett oppstår den problematiske spenningen når den ene part har medregnet at domstolenes tilnærming vil være påvirket av hensyn til god tro og overordnede rimelighets- og rettferdighetshensyn men hvor dette ikke er medtatt i kontrakten. Spørsmålet som reiser seg er i hvilken grad man vil se hen til bakgrunnsrettens prinsipper og hensyn når disse kan være motstridende til det grunnlaget kontrakten er utformet på.

⁶³ Cartwright, s. 61. (Engelske dommere kan bruke begreper som "fairness" og "reasonableness", men selv om ordbruken kan forstås som generelle rimelighetshensyn vil det ikke være en referanse til et generelt konsept om en god tro-standard, se Cartwright, s. 62).

⁶⁴ Cordero-Moss, "International contracts between Common Law and civil law: Is non-state law to be preferred?" s. 1

⁶⁵ Fontain, De Ly, s. 113.

2.4 Avtaletolkning i engelsk rett

2.4.1 Engelske tolkningsprinsipper

Som i norsk rett er kontraktsfrihet et overordnet prinsipp i engelsk kontraktsrett. Partene i kommersielle forhold tillegges stort ansvar hva angår å sikre sine egne interesser i avtaleforhold. På det samme grunnlag skal domstolene i størst mulig grad holde seg utenfor selve kontraktsforholdet, med håndhevelse av kontrakten som primær hovedoppgave.⁶⁶

Engelsk kontraktsrett er basert på en objektiv kontraktsteori.⁶⁷ Dette viser til at avtaletolkningen skjer på et objektivt grunnlag som bygger på de overordnede hensyn til sikkerhet og forutberegnelighet. Utgangspunktet tas i ordlyden hvor den bokstavelige meningen gjelder. Spørsmålet som stilles er hvordan en fornuftig og rimelig person ville forstått ordlyden.⁶⁸ Denne objektive tilnærmingen har klart en påvirkning for hvordan man vurderer partenes intensjon med kontraktsforholdet. Idealet ved tolkningen er at partenes felles intensjon skal kunne hentes ut av selve kontraktsdokumentet.⁶⁹ Slik kan man si at den som tolker kontrakten helt og holdent er bundet av språket.⁷⁰

Identifisering av vilkår versus tolkning av vilkår

I norsk rett taler man om avtaletolkning både ved å fastsette *hvorvidt* det foreligger en bindende avtale og følgende *hva* som er avtalt mellom partene. I norsk rett refereres gjerne førstnevnte prosess som en ”forprosess”, hvor selve tolkningsbegrepet i hovedsak referer seg til å finne innholdet i en avtale som allerede er kommet i stand.⁷¹ Det må altså klarlegges

⁶⁶ Cordero-Moss, International contracts between Common Law and civil law: Is non-state law to be preferred? s. 4.

⁶⁷ McKendrick, s. 19.

⁶⁸ Nicolay Skarning, *Kontraktsrett i Norge, Skottland og England: en praktisk håndbok*, Oslo 2001, s. 22.

⁶⁹ Cordero-Moss, International contracts between Common Law and civil law: Is non-state law to be preferred? s. 5.

⁷⁰ Op.cit. s. 5.

⁷¹ Woxholdt s. 431.

hvilke vilkår som utgjør en del av forpliktelsene og etterfølgende hva som er innholdet i disse. I engelsk kontraktsrettslig litteratur gjøres det et tydeligere skille mellom disse prosessene hvor man omtaler den førstnevnte prosess som *identification of terms* (identifisering av vilkår) mens sistnevnte omtales som *interpretation of terms* (tolkning av vilkår).⁷²

Når man i engelsk rett taler om *interpretation of terms* er det tale om tolkningen av innholdet i kontraktsvilkårene. Tolkningsprinsippene, som det ble vist til i forrige avsnitt, er svært viktige for kontraktsparter all den tid utformingen av kontrakten vil gjøres på bakgrunn av de tolkningsprinsipper som anvendes av domstolene kontrakten skal reguleres i. Det er på denne måten partene kan oppnå ønsket utfall av sine kontraktsforhold.

Utenfor tolkningsprosessen ligger *identification of terms*. Som uttrykker tilsier går denne prosessen ut på å identifisere hvilke vilkår som er inntatt i kontrakt og således utgjør bindende plikter og rettigheter for partene. Det er altså ikke tale om å vurdere det materielle innholdet i kontraktsvilkårene men vurdere *om* et utsagn utgjør en del av avtalen. Dersom utsagnet ikke utgjør en del av avtalen kalles det en *representation*.⁷³ Den praktiske hovedforskjellen mellom et vilkår og en *representation* ligger i hvilke verktøy som kan benyttes ved mislighold av, henholdsvis, et kontraktsbrudd og en *misrepresentation*.⁷⁴

All den tid engelsk litteratur skiller *identification of terms* fra selve avtaletolkningen er det relevant for oss hvordan retten kommer frem til hva som er et vilkår og hva som er en *representation*. Det er her flere faktorer som er relevante, deriblant partenes kunnskap, viktigheten av utsagnet, og tidsaspektet mellom utsagnet og kontraktsinngåelsen.⁷⁵ Slik vil det være nærliggende og anse også denne prosessen som en form for tolkning selv om det i engelsk litteratur gjøres et teoretisk skille mellom prosessene. Det som imidlertid utgjør en vesentlig forskjell fra *interpretation of terms* er at det ved *identification of terms* foreligger begrensninger ved partenes bevisføring dersom partene har redusert kontrakten til å utgå fra kontraktsdokumentet. Det er nettopp her EA-klausulen utøver sin viktige rolle i engelsk rett.

⁷² Se for eksempel: McKendrick, henholdsvis kapittel 8 og 11.

⁷³ McKendrick, s. 295.

⁷⁴ Op.cit. s. 296.

⁷⁵ Op.cit. s. 307.

2.4.2 EA-klausulen som bevisavskjæringsregel i engelsk rett.

For ytterligere å kunne sikre hensynet til forutberegnelighet er man, i engelsk rett, avskåret fra å inkludere ytre omstendigheter i bevisføringen ved *identification of terms*. Beviser av denne type omtales gjerne som *extrinsic evidence* og avskjæres ved at man i engelsk kontraktsrett opererer med en regel kalt *The parol evidence rule*.⁷⁶

The parol evidence rule avskjærer partenes mulighet til å føre bevis for utsagn og dokumentasjon som er kommunisert mellom partene men som ikke fremkommer i den skriftlige kontrakten, og som utgjør et tillegg eller en motsetning til den skriftlige avtalen.⁷⁷ ”The parol evidence rule” utgjør således en bevisavskjæringsregel som går ut på at de betingelser som er avtalt mellom partene finnes i selve kontrakten. Imidlertid kommer *The parol evidence rule* kun til anvendelse dersom partene har ønsket at den skriftlige kontrakten utgjør rammen for hva som er avtalt. Hvorvidt partene har hatt et slikt ønske er imidlertid en vurdering hvor bevisavskjæringsregelen ikke gjør seg gjeldende all den tid den ikke kan anvendes til å regulere seg selv.⁷⁸ Dersom kontraktspartene ønsker å sikre anvendelse av *The parol evidence rule* blir en EA-klausul nyttig.

Ut over at EA-klausulen gir adgang til anvendelse av bevisavskjæringsregelen kan den synes overflødig all den tid også bevisavskjæringsregelen i seg selv begrenser avtalen til å utgå fra kontraktsdokumentet. Imidlertid har *the Parol evidence rule* flere unntak hvor EA-klausulen bidrar med ytterligere virkninger i engelsk rett.⁷⁹ EA-klausulen kan blant annet bidra til å ekskludere sideavtaler (*contre lettres*⁸⁰). Sideavtalene utgjør gjerne øvrige dokumenter hos partene som medfører at selve kontraktsdokumentet ikke sammenfaller med partenes intensjon. En EA-klausul vil i engelsk rett kunne tolkes til å fraskrive slike dokumenter som tolkningsfaktorer. Et annet tilfelle som kan være aktuelt er at det allerede foreligger

⁷⁶ Fontain, De Ly, s. 114.

⁷⁷ Op.cit. s. 114.

⁷⁸ Cordero Moss. *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable law*, s. 137.

⁷⁹ Henrik Wærsted Bjørnstad, ”Entire Agreement”, *Institutt for privatrett*, Skriftserie 177, Oslo 2009, s 34.

⁸⁰ Fontain, De Ly, s. 131.

virksomme avtaler mellom partene når den aktuelle kontrakt inngås. I slike tilfeller vil EA-klausulen føre til en ekskludering av slike tidligere kontrakter.⁸¹

I engelsk kontraktsrett utspiller således EA-klausulen sin rolle i sammenheng med *the parol evidence rule* som avskjærer bevisføring av *excentric evidence* ved spørsmål om *identification of terms*. EA-klausulen er ikke ment å være tilknyttet *tolkningen* av avtalevilkår etter det engelske systemet for avtaletolkning.

Eksempel fra engelsk rettspraksis

Engelsk rettspraksis kan brukes som et eksempel på at EA-klausulen tillegges nettopp denne virkningen i engelsk rett. En sak fra Court of Appeal⁸² stod mellom et rekrutteringsbyrå og byråets kunde. Saken omhandlet hvorvidt et avtalevilkår som sa at byrået skulle ha en "preferred supplier status" måtte forstås slik at selskapet var forpliktet til å gå til rekrutteringsbyrået før de skaffet seg ansatte via andre. Det var inkorporert en EA-klausulen i kontrakten og spørsmålet var i henhold til klausulen hvorvidt tidligere forhandlinger og partenes subjektive forståelse var relevant. Lord Justice Mummery fremla vedrørende tolkningen av "preferred supplier status" at "Its meaning can only be properly determined in the context of the agreement read as a whole and of all the surrounding circumstances." (avsnitt 25) og at "The exploration of the surrounding circumstances" ikke var fullstendig avskjært på grunn av EA-klausulen (avsnitt 29). Retten viste altså til at prekontraktuelle forhold kunne brukes til å finne frem til meningen med avtalevilkåret.

I avsnitt 41 fremkommer det videre at "There is a reasonably arguable distinction between, on the one hand, ascertaining the contents of a written contract or setting up a collateral or side contract by reference to prior representations, agreements, negotiations and understandings and, on the other hand, ascertaining the meaning of a term contained in a written contract by reference to pre-contract materials. It is reasonably arguable that in clause 9.2 the parties intended to exclude the former, but not to inhibit the latter." Her fremhever retten således skillet mellom *identification* og *interpretation of terms* i henhold til EA-klausulen, hvorav det er ved førstnevnte prosess klausulen utspiller sin rolle.

⁸¹ Op.cit. s. 133.

⁸² Proforce Recruit Limited v the Rugby Group Limited (2006) WL 2794075 (Court of Appeal).

3 EA-klausulen og norsk tolkningslære

3.1 Innledning

3.1.1 Utgangspunkt og videre struktur

I kapittel 2 ble det redegjort for de ulike utgangspunkt som ligger til grunn for engelsk og norsk avtaletolkning. Det største skillet mellom avtaletolkning i engelsk og norsk rett viser seg i anvendelsen av de kontraktsrettslige hensyn og vektleggingen av disse. Norsk avtaletolkning opererer herunder med lojalitetsplikt og rimelighetsbetraktninger i langt større grad enn hva som er tilfellet i engelsk rett. Avsnitt 2.4.2 viste hvordan EA-klausulen henger tett sammen med *the parol evidence rule* i engelsk rett og at de sammen har stor betydning for bevisavskjæring ved *identification of terms*. All den tid norsk rett ikke opererer med en bevisavskjæringsregel som kan settes opp mot engelsk rett vil EA-klausulen møte et annet utgangspunkt i norsk kontraktsrett.

Den følgende drøftelsen ligger i kjernen av oppgavens problemstillingen og stiller spørsmål om hvilket innholdet klausulen vil tillegges på bakgrunn av norske tolkningsprinsipper. Det vil tas utgangspunkt i at klausulene står skrevet som det eksempelet som ble nevnt under avsnitt 1.3.1.

Fremstillingen vil gjøres mest mulig i tråd med domstolenes struktur ved avtaletolkning. Utgangspunktet gjøres således i ordlyd og partenes felles forståelse (3.2), etterfulgt av øvrige tolkningsmomenter med tilknytning til partene og avtalen (3.3). Den etterfølgende del behandler tolknings på bakgrunn av rimelighetsvurderinger (3.4) og avslutningsvis vurderes EA-klausulen opp mot grensedragningen mellom tolkning og utfylling (3.5).

Først og fremst skal vi se på hvordan EA-klausulen er blitt behandlet i norsk rettspraksis.

3.1.2 EA-klausulen i norsk rettspraksis

Det finnes det få norske dommer som behandler EA-klausulen. Det er likevel naturlig å se hen til de aktuelle sakene for å se hvordan norske domstoler tolker og forholder seg til den.

Den eneste Høyesterettsdommen som er inntatt i problemstillingen finnes i Rt. 1992 s. 796. (Heretter *Pepsico-dommen*). Saken stod mellom *Pepsico Inc* og *The Concentrate Manufacturing Company of Ireland* og omhandlet erstatning ved avvikling av kontrakt. Det konkrete spørsmålet var hvordan erstatningen skulle utmåles når den ene part trådte ut av kontraktsforholdet uten å gi kontraktsbestemt varsel. Dommens aktualitet er kanskje noe svekket i henhold til vår problemstilling ettersom kontrakten var underlagt retten til staten New York. Høyesterett kom imidlertid til at det ikke forelå betydelige forskjeller mellom norsk og amerikansk rett på det aktuelle rettsområdet og løser rettstvisten etter norske tolkningsprinsipper.

Førstvoterende starter sitt votum med å referere til klausulen og uttaler at ”Innledningsvis finner jeg grunn til å understreke at jeg ikke kan se at [...] integrasjonsklausulen i kontraktene får avgjørende betydning for resultatet”⁸³ (min red.). Høyesterett kom til at kontrakten var taus i henhold til spørsmålet og uttaler at ”Både etter norsk og etter amerikansk rett er det adgang til å utfylle en kontrakt når utfyllingen skjer ut fra en helhetsvurdering av kontrakten og gir den aktuelle bestemmelse et fornuftig innhold ut fra dens formål.”⁸⁴ Høyesterett benytter dermed tolkningsprinsipper som ble ansett å være sammenfallende i norsk og amerikansk rett. Spørsmålet ble løst ved en helhetlig fortolkning av kontrakten hvor det ble sett hen til både forutgående forhandlinger og kontraktens formål. Høyesterett tolker således klausulen dit hen at den ikke er til hinder for anvendelse av alminnelig norske tolkningslære.

Det finnes også et par underrettsdommer som behandler EA-klausulen. I en dom fra Agder lagmannsrett⁸⁵ mellom et analyseselskap og et it-selskap var spørsmålet om partene var bundet av to klausuler i en standardavtale, herunder en klausul om automatisk fornyelse og en EA-klausul. IT-selskapet anførte at en tidligere individuell avtale måtte avskjæres av den senere standardavtalen mens analyseselskapet hevdet at en individuell avtale måtte gå foran og således ikke kunne avskjæres av EA-klausulen. Retten kommer imidlertid til at det ikke

⁸³ Rt. 1992 s. 796 (s. 801).

⁸⁴ Rt. 1992 s. 796 (s. 802).

⁸⁵ LA-2013-157761, (Agder Lagmannsrett 2014-05-27).

var inngått noen individuell avtale og uttaler at de ytterligere problemstillingene som reises i saken derfor blir overflødige. Det blir således ikke foretatt noen vurdering av om EA-klausulen kunne bidratt til at den tidligere avtalen måtte anses avskåret.

En dom som i større grad går inn på en drøftelsen av klausulen finnes i en sak fra Borgarting lagmannsrett.⁸⁶ Saken stod mellom et norsk selskap som utviklet programvare og en svensk distributør og spørsmål gjaldt tolkning av kontrakt på bakgrunn av krav om erstatning etter påstått kontraktsbrudd. Saken ble anket men ikke tillatt fremmet for Høyesterett.

Retten uttaler i forbindelse med den inkorporerte EA-klausulen at ”En slik klausul innebærer etter sin ordlyd at *avtaleteksten er det eneste tolkningsmoment av betydning*, og har større plass i common law enn i norsk rett.” (Min utheving). Retten tolker således klausulen med utgangspunkt i ordlyden og kommer til klausulen tilsier at det kun er avtaleteksten som kan benyttes i tolkningen.

Før øvrig uttaler retten videre at ”Imidlertid er det også avtalt at avtalen skal følge norsk rett og norsk jurisdiksjon. Etter lagmannsrettens syn har neppe *partene hatt særlig bevissthet rundt rekkevidden av klausulen*, og på bakgrunn av at det eksplisitt er avtalt norsk lovvalg, som innebærer at avtaler tolkes på bakgrunn av andre momenter enn ordlyden, *finner lagmannsretten at det ikke er avtalt noe avvik fra normal norsk avtaletolkning*.” (Min utheving). Retten fastlegger således klausulens innhold men henter så frem argumenter for at den ikke kan komme til anvendelse. Begrunnelsen knytter seg til at partene ikke kan ha hatt tilstrekkelig bevissthet rundt klausulens innhold og at det er foretatt et eksplisitt lovvalg til fordel for norsk bakgrunnsrett. Valget av norsk bakgrunnsrett tillegges betydning på den måte at den ikke kan begrenses all den tid norsk lovvalg ”innebærer at avtaler tolkes på bakgrunn av andre momenter enn ordlyden”. Lovvalget ser dermed ut til å vektes så tungt at det helt og holdent fratar EA-klausulen mening.

Det bemerkes også at ingen av partene hadde hatt juridisk bistand ved kontraktsinngåelsen. Herunder oppstår det et spørsmål om hvorvidt EA-klausulen ville kunne utspille en annen rolle dersom partene hadde hatt juridisk bistand. I så tilfellet er det nærliggende å tenke seg at det ville blitt forventet bedre kjennskap til EA-klausulen og at dette i større grad ville tale for å anvende klausulen i tråd med ordlyden.

⁸⁶ LB-2012-017208, (Borgarting lagmannsrett 2013-06-10).

Retten legger imidlertid hovedvekt på at ettersom det var valgt norsk bakgrunnsrett, som innebærer at avtaler tolkes på bakgrunn av andre momenter enn ordlyden, kunne det ikke legges til grunn at det var tilsiktet et avvik fra bakgrunnsretten. Rettens ordlydstolkning av klausulen utgjorde nettopp et slikt avvik. Det kan imidlertid stilles spørsmål til hvorvidt klausulen må tolkes slik at den nødvendigvis utgjør et avvik fra norsk tolkningslære. I *Pepsico-dommen* kom Høyesterett til at EA-klausulen ikke utgjorde noen begrensninger i henhold til norske tolkningsprinsipper.

Til tross for at Høyesterett i *Pepsico-dommen* og Borgarting lagmannsrett ser ut til å legge ulike tolkninger til grunn blir resultatet på mange måter det samme. EA-klausulen ut til å tildeles liten eller ingen betydning for tolkning av avtalen etter norsk bakgrunnsrett. Norsk rettspraksis viser imidlertid også at det er knyttet usikkerhet til klausulens innhold.

3.1.3 Internasjonale prinsipper som retningslinjer for tolkningen

Når EA-klausulen skal behandles på bakgrunn av norsk rett er et problem som oppstår i første instans å klargjøre *hva* klausulen er ment å regulere. I engelsk rett tolkes EA-klausulen som en prosessuell klausul som begrenser bevisføringen. Hvordan man trekker opp skillet mellom materiell og prosessuell rett varierer mellom ulike rettssystemer og vil blant annet ha betydning i relasjon til lovvalgsreglene.⁸⁷ Det fremgår imidlertid ikke av klausulens ordlyd at den er ment å regulere prosessuelle bevissspørsmål. EA-klausulen kan således også tolkes som en materiell klausul.⁸⁸ All den tid norsk rett ikke har noen motpart til bevisavskjæringsregelen i engelsk rett vil det uansett være vanskelig å tillegge klausulen samme virkning som i engelsk rett.

Ofte vil norske rettsanvendere se hen til internasjonale kilder for veiledning når avtalen består av internasjonale eller utenlandske elementer. UNIDROIT-prinsippene og PECL har bestemmelser som omhandler EA-klausuler under overskriften ”*merger clause(s)*”. Prinsippene ser bort fra bevisavskjæringsregelen i engelsk rett og beskriver innholdet i

⁸⁷ Dersom EA-klausulen anses som et prosessuelt anliggende faller den ikke inn under den valgte bakgrunnsrett, men reguleres av retten til den stat hvor domstolen har sitt sete (*lex fori*).

⁸⁸ Fontain, De Ly, s. 139.

klausulen på et mer generelt grunnlag. Bestemmelsene fremgår av art. 2 (1) (17) i UNIDROIT-prinsippene og i PECL art. 2:105.

I art. 2 (1) (17) fremgår det at "A contract in writing which contains a clause indicating that the writing completely embodies the terms on which the parties have agreed cannot be contradicted or supplemented by evidence of prior statements or agreements. *However, such statements or agreements may be used to interpret the writing.*" (min utheving).

Her følger det at ved en EA-klausul kan prekontraktuelle forhold som supplerer eller motsier den skrevne avtalen ikke kan anvendes som bevis. Imidlertid følger det at de prekontraktuelle forhold kan benyttes ved *tolkning* av avtalen. Bestemmelsen kan også sees i sammenheng med art. 4.3 hvor det følger at ved tolkning av kontrakt "regard shall be had to all the circumstances".

Det følger også av PECL art 2:105 at EA-klausulen ikke begrenser tolkningen av kontrakten da det fremkommer i artikkelens 3. ledd at "The parties' prior statements may be used to interpret the contract". Imidlertid avviker bestemmelsen i PECL noe fra UNIDROIT-prinsippene ved å fremsette et vern mot generelle vilkår. Dersom klausulen ikke er individuelt forhandlet utgjør den etter annet ledd bare en presumsjon for at klausulen utgjør partenes intensjon. I fjerde ledd svekker klausulen ytterligere hvor det følger at "A party may by its statements or conduct be precluded from asserting a merger clause to the extent that the other party has reasonably relied on them."

Både UNIDROIT-prinsippene art. 2 (1) (17) og PECL art. 2:105 klarlegger således at EA-klausulen ikke er til hindring for at prekontraktuelle forhold benyttes ved *tolkning* av vilkårenes innhold. Slik ser prinsippene ut til å være kompatibel med engelsk rett hvor EA-klausulens begrensninger er rettet mot *identification of terms*. All den tid UNIDROIT-prinsippene og PECL kan benyttes som retningslinjer for norske rettsanvendere vil de kunne utgjøre et utgangspunkt hvor EA-klausulen ikke retter seg mot selve avtaletolkningen. Imidlertid er det flere aspekter som forblir problematiske. Norsk rett opererer ikke med det samme skillet mellom *identification of terms* og *interpretation of terms* som det man ser i engelsk rett. Videre står norske domstoler generelt friere i sin avtaletolkning blant annet ved å benytte tolkningsfaktorer som ligger utenfor kontrakten og ikke har noen direkte tilknytning til partsintensjonen. Norsk avtaletolkning vil også inkludere utfylling av kontrakt og korrigerende tolkning, gjerne på bakgrunn av rimelighetshensyn.

3.2 Hva vil det si at kontrakten utgjør “the entire agreement”

3.2.1 Med utgangspunkt i ordlyden

Utgangspunktet i norsk rett starter, som i engelsk rett, i en objektiv tolkning av ordlyden.⁸⁹ Høyesterett har ofte brukt betegnelsen ”naturlig språklig forståelse” som beskrivende for hva som søkes.⁹⁰ Spørsmålet beror på hvordan en rimelig, fornuftig person vil forstå utsagnet og er således i samsvar med utgangspunktet i engelsk rett. Viktigheten av en objektiv tolkning og vektlegging av ordlyden gjør seg spesielt gjeldende i kommersielle forhold og har blitt understreket av norsk Høyesterett. I Rt. 2002 s. 1155 som omhandlet krav om erstatning for urettmessig oppsigelse i en leiekontrakt av forretningslokaler uttalte Høyesterett ”At prinsippet om objektiv fortolkning har særlig styrke i avtaler mellom næringsdrivende, understrekes av forretningslivets behov for sikkerhet og forutberegnelighet, som åpenbart fremmes best av en tolkning basert på objektive, tilgjengelige elementer.”⁹¹

Ordlyden i EA-klausulen sier at ”This Agreement contains the entire agreement between the Parties relating to its subject matter” og at klausulen ”supersedes any previous communication, representation or promise, whether written or oral.”⁹²

Det første som må avklares er hvorvidt klausulen består av to deler som skal tolkes isolert fra hverandre, eller om de må tolkes i sammenheng. EA-klausulene er som regel formulert på samme måte hvorav den har en generell og en spesiell del.⁹³ Den generelle delen uttaler her at kontrakten utgjør den fullstendige avtalen mellom partene. Den spesielle delen spesifiserer eksplisitt de ulike argumentskilder som avskjæres ved å stå tilbake for kontraktsdokumentet. Det er vanskelig å si ut fra selve utformingen av klausulen hvorvidt den spesielle delen står uavhengig av den spesielle delen. Bruk av ordet ”and” kan tilsi at det etterfølgende utgjør et

⁸⁹ Giertsen, s. 98.

⁹⁰ Se for eksempel Rt. 1997 s. 1807 (s. 1813) som omhandlet hvorvidt et forsikringsselskaps gjeldsforsikring også omfattet ervervsmessig uførhet.

⁹¹ Rt. 2002 s. 1155 (s. 1159).

⁹² LA-2013-157761, (Agder lagmannsrett, 2014-05-27).

⁹³ Bjørnstad, s. 8.

tillegg til den generelle delen og ikke nødvendigvis er uttømmende. Et argument som trekker i samme retning er at hvilke prekontraktuelle forhold som eksplisitt fremgår av klausulen kan variere i ulike kontrakter.⁹⁴ Et annet alternativ kan være at den spesielle delen utdyper eller gir retningslinjer for hvordan den generelle delen skal ivaretas i tolkningsprosessen og at de to delene må tolkes ut i fra en helhetlig forståelse. Ved å se på den generelle delen isolert kan denne synes å tilsi at tolkningen av kontrakten må gjøres innenfor kontraktens ordlyd uten å trekke inn tolkningsfaktorer fra øvrige kilder av noe slag.

Utover å referere til at kontrakten erstatter de prekontraktuelle forhold kan det ikke direkte hentes ut fra ordlyden *på hvilken måte* dette skal sikre at kontrakten er uttømmende. Den spesielle delen fremstår her som noe mer konkret ved å uttrykke at forhold mellom partene som fant sted *forut for* kontraktsinngåelsen ikke skal trekkes inn i vurderingen av kontraktens innhold. Det fremgår imidlertid ingen konkret antydning til at klausulen retter seg mot verken tolkning eller bevisavskjæring.

Mest nærliggende kan det tenkes at norske rettsanvendere vil tolke klausulen slik at det er selve tolkningen som søkes regulert av klausulen. En slik antakelse støttes også av juridiske teoretikere.⁹⁵ Det samme ble også lagt til grunn i saken fra Borgarting lagmannsrett.

3.2.2 Partenes felles forståelse

Til tross for at norsk rett tar utgangspunkt i et objektivt tolkningsprinsipp er det flere subjektive elementer som inngår i tolkningen. Hov refererer til et ”intersubjektivt tolkningsprinsipp” som et mer dekkende uttrykk for den tolkningsteori norsk rett bygger på.⁹⁶ Bakgrunnen for dette ligger i hovedregelen om at dersom partene har en felles forståelse av utsagnet vil denne gå foran det som fremkommer av den naturlige språklige forståelsen. Man ønsker med dette å finne frem til *partsintensjonen* ved avtaleinngåelsen. I Rt. 2002 s. 1155 ble

⁹⁴ Eksempelvis klausulen slik den var utformet i LB-2012-017208, (Borgarting, 2013-06-10): ”This Agreement constitutes the entire agreement between the parties *and supersedes all prior understandings and agreements concerning this subject matter*”.

⁹⁵ Fontain, De Ly, s. 143.

⁹⁶ Jo Hov, *Avtalerett*, 3. utgave, Oslo 1993, s. 75.

det uttalt at ”subjektive fortolkningsmomenter har også sin selvsagte plass i næringslivets kontrakter. Kan det påvises at kontraktspartene har hatt en felles forståelse *som avviker fra kontraktens ordlyd*, må dette legges til grunn i rettsforholdet mellom dem.”⁹⁷ (min utheving) Viktigheten ved å finne frem til partenes intensjon vektlegges også i UNIDROIT-prinsippene hvor det følger av art. 4.1 at en kontrakt skal tolkes ”according to the common intention of the parties”.

Også ved engelsk avtaletolkning ønsker man å finne frem til partenes intensjon ved kontraktsinngåelsen. I utgangspunktet kan man således si at norsk og engelsk tolkningslære har et felles formål. Den tydelige og viktige forskjellen ligger imidlertid i de redskaper man benytter for å komme dertil, hvorav engelsk rett reduserer intensjonen til å utgå fra de konkrete ord partene har benyttet i kontrakten. Således blir kontraktens ordlyd og partenes intensjon ansett som sammenfallende, hvorav man i norsk rett vil la partsintensjonen gå foran ordlyden. Som et eksempel fra rettspraksis har man en sak fra Rt. 1960 s. 26 som omhandlet en datters erklæring til sine foreldre hvor hun skrev at hun fraskrev seg ”al ret paa nogen andel i mulig faldende arv efter mine foreldre”. Ordlyden tilsa klart at det var tale om all arv, men retten kom til at det kun var tale om en reduisering av arven tilsvarende penger hun tidligere hadde mottatt av sine foreldre. Retten begrunnet dette med at det ikke var tilsiktet av hennes foreldre at erklæringen skulle ha en slik virkning.

Dersom den ene part skulle anføre at det foreligger en felles forståelse vil det imidlertid medføre et bevisspørsmål hvor den part som fremlegger påstanden vil være ansvarlig for tilstrekkelig bevisføring. Det vil som regel være vanskelig for å part å føre bevis for at en slik felles forståelse forelå. Kravene til slik bevisførsel vil dessuten være desto større ved kommersielle forhold.

Partsintensjonen i henhold til EA-klausulen

Ofte vil en felles forståelse fremgå fra forhandlinger og diverse kommunikasjon som fant sted forut for kontraktsinngåelsen. All den tid det forutsettes at klausulen ikke kan regulere seg selv kan retten se hen til prekontraktuelle forhold for en felles forståelse mellom partene. Dersom det kan bevises at partene hadde samme forståelse for klausulens innhold vil denne forståelsen legges til grunn i tråd med norske tolkningsprinsipper.

⁹⁷ Rt. 2002 s. 1155 (s. 1159).

Boilerplate-klausuler inkorporeres imidlertid ofte uten noen forløpende forhandling. På bakgrunn av dette er det lite sannsynlig at klausulen har blitt drøftet på en slik måte at det kan hentes frem en felles forståelse. Hvorvidt det likevel foreligger en felles forståelse vil kunne bero på hvor partene har sitt sete. Dersom begge partene har sitt sete i civil law-land er det lite sannsynlig at det foreligger samme oppfattelse av EA-klausulen som en part fra common law ville hatt. Spørsmålet i dette henseende hvilken felles forståelse som kan tenkes å foreligge mellom partene.

All den tid Boilerplate-klausuler søker å regulere hvordan kontrakten opererer kan det vurderes hvorvidt partene har ønsket at klausulen skal utgjøre et *tillegg* til bakgrunnsrettens reguleringer eller en *erstatning* for denne. Ut fra klausulens ordlyd er ingen av de to oppfattelsene utenkelige. I sistnevnte alternativ vil imidlertid klausulen tilsi at kontrakten utgjør en autonom komponent som skal tolkes kun med utgangspunkt i seg selv. Et argument som kan tale for en slik forståelse av klausulen er at partene har valgt en bakgrunnsrett hvor det ikke finnes noen motpart til the parol evidence rule og ei heller lignende regler for bevisføring i tolkningsprosessen. Således ser EA-klausulen ut til å stå helt på egne ben.

På den annen side blir dette noe paradoksalt all den tid en kontrakt som skal være helt og holdent selvstyrende må kunne tale for sin egen validitet og som en konsekvens av dette stille seg uavhengig fra bakgrunnsretten. Dette vil gi lite mening all den tid det er foretatt et konkret lovvalg som da ikke får noen betydning for tolkningen.

Hvorvidt en kontrakt kan være autonom er en kontroversiell problemstilling. Den tyske professoren Gunther Teubner beskriver godt hvorfor kontrakter ikke kan tale for sin egen gyldighet ved å uttale at "Apparently this is a dead-end. Any self-validation of contracts leads directly into the paradox of self-reference, into the contractual version of the Cretan liar-paradox".⁹⁸ Man kan si at partene til en hvis grad kan danne sine egen rett ved kontraktsfriheten, men at denne må ligge innenfor et rammeverk av eksterne rettslige normer slik at man ved validering av kontrakt må se hen til en bakenforliggende rett. Konklusjonen må således være at EA-klausulen neppe kan tillegges en slik oppfattelse.

⁹⁸ Gunther Teubner, "Global Bukowina" Legal Pluralism in the World Society, i Gunther Teubner (ed.), Global Law Without a State, Brookfield: Dartmouth 1997, 3-28, (s. 11).

En felles forståelse av klausulen som et tillegg til bakgrunnsretten kan være mer sannsynlig. Imidlertid løser dette lite all den tid man står igjen med spørsmålet om på hvilken måte klausulen utgjør et tillegg til de tolkningsprinsipper som utgår fra bakgrunnsretten.

3.2.3 Kan norsk tolkningslære medføre at EA-klausulen tolkes etter sitt innhold i engelsk rett?

Et tidligere nevnt spørsmål er hvorvidt klausulen bør tolkes og anvendes i tråd med sitt historiske opphav eller om den bør tilpasses den kontekst den benyttes i og herunder tolkes i samsvar med norsk rett. Imidlertid kan det vurderes hvorvidt dette nødvendigvis er motstridende alternativer. Spørsmålet blir om EA-klausulen, uten å avvike fra norsk tolkningslære, kan tolkes etter sitt innhold i engelsk rett.

All den tid engelsk språk er det ledende språket ved global kommunikasjon er det naturlig at grenseoverskridende kontrakter skrives på engelsk. All den tid kontrakten er skrevet på engelsk må den tolkes etter alminnelig engelsk språkbruk. Dette er i tråd med at man tar utgangspunkt i den naturlige forståelsen av ordlyden.

Imidlertid ser vi jo at det engelske språket ikke benyttes isolert, men at det også direkte overføres avtalem modeller fra det engelske rettssystemet. Engelske uttrykk og utsagn vil kunne utgjøre rettslige konsepter med et allerede klarlagt innhold etter engelsk rett. Man kan herunder tale som EA-klausulen som en *legal term of art*.⁹⁹ Utrykket viser til et begrep eller en bestemmelse som har et fastlagt innhold og således en ”established technical meaning” i engelsk rett.¹⁰⁰ Dermed oppstår spørsmålet om hvorvidt engelske uttrykk skal tolkes ut fra den språklige betydning når direkte oversatt til norsk, eller om de kan tolkes med utgangspunkt i det allerede klarlagte innholdet i engelsk rett.

⁹⁹ Anders Mikelsen, ”Henvisninger til engelsk rett i kontrakter underlagt norsk rett”, *tidsskrift for rettsvitenskap*, 04-05/2008 s. 533 (s. 536) med videre henvisninger.

¹⁰⁰ Op.cit. s. 536, med videre henvisninger.

Etter norske tolkningsprinsipper er det mulig å fravike den naturlige forståelsen av ordlyden til fordel for en forståelse av denne som tilhører en spesifikk bransje eller lokasjon.¹⁰¹ I Rt. 1920 s. 890 (Damptran-dommen) ble den naturlige forståelsen av uttrykket damptran satt til side til fordel for en bransjefastsatt forståelse. Trekker man denne tolkningsfaktoren litt lenger kan spørsmålet blir om den naturlige forståelsen av EA-klausulen kan avvikes til fordel for klausulens innhold som en *legal term of art*. Også dette spørsmålet vil bero på en tolkning.

EA-klausulen vil i hovedsak inkorporeres i avtaler mellom kommersielle aktører som ofte benytter profesjonelle advokater ved forhandling og utforming av avtaler. Dette er et argument som taler for at klausulen tillegges et innhold i samsvar med engelsk rett all den tid det med juridisk bistand kan stilles høyere krav til kunnskap om kontraktsutforming i engelsk rett. I dommen fra Borgarting Lagmannsrett bemerket retten nettopp at det *ikke* var benyttet juridisk bistand, og vektla at partene ikke kunne ha tatt særlig stilling til klausulens innhold. Dette kan tale for at dersom partene hadde benyttet seg av juridisk bistand ville klausulen kunne bli tillagt en annen virkning.

På den annen side taler lovvalget til fordel for norsk rett mot en slik tolkning av klausulen. All den tid partene eksplisitt har valgt norsk rett til å regulere kontrakten ville det være unaturlig at man ønsket å tolke klausulen etter sitt engelske innhold. Et slikt argumentet ble brukt i en sak fra Gulating Lagmannsrett.¹⁰² Tvisten omhandlet en entreprisekontrakt mellom den norske stats oljeselskap AS og et belgisk selskap hvor førstnevnte krevde fradrag for dagmulkt. I avtalen var det benyttet det engelske uttrykket *liquidated damages* og spørsmålet var hvorvidt dette kunne oversettes til det norske begrepet dagmulkt. Det problematiske lå i at det engelske uttrykket, i motsetning til det norske, forutsatte økonomisk tap. Retten kom til at uttrykket måtte tolkes slik det norske begrepet normalt ville oppfattes. Det ble blant annet vektlagt at det var foretatt et lovvalg til fordel for norsk rett.

Saken fra lagmannsretten er ikke nødvendigvis en optimal sammenligning med vårt tilfelle, da forståelsen av begrepet *liquidated damages* ikke utfordret selve systemet for avtaletolkning slik EA-klausulen gjør. Dette blir for øvrig et styrkende argument i vårt tilfelle, all den tid en direkte overføring av innholdet i en EA-klausul ikke ville latt seg forene med norsk

¹⁰¹ Det er klart at bransjeuttrykk kan tolkes slik at det fraviker den naturlige forståelse av ordlyden til fordel for et bransjefastsatt innhold, jf. blant annet Rt. 1920 s. 890 ("damptran-dommen").

¹⁰² LG-1995-00520 (Gulating lagmannsrett, 1997-01-27).

tolkningslære. Konklusjonen blir således at utgangspunktet for tolkningen forblir en naturlig språklig forståelse av EA-klausulens ordlyd.

3.3 Partenes berettigende forventninger i lys av den objektive tolkningsteori

3.3.1 Innledning

Dersom det ikke kan fastlegges noen felles forståelse mellom partene må man tilbake til det objektive tolkningsprinsippet og forsøke å fastlegge partenes berettigede forventninger i lys av dette.¹⁰³ Herunder gjøres tolkningen ikke bare ut fra ordlyden men fra alle forhold som er knyttet til avtalen eller partenes intensjon ved avtaleinngåelsen.¹⁰⁴ Spørsmålet er i det følgende hvordan EA-klausulen vil tolkes i lys av slike *parts-* og *avtalespesifikke* tolkningsmomenter.¹⁰⁵ Oppgaven vil behandle de tolkningsfaktorene jeg ser som mest relevante i henhold til EA-klausulen.

3.3.2 Operasjonshensyn og formålshensyn

All den tid partene har inngått en kontrakt fremstår det som selvfølgelig at det foreligger et formål med kontraktsinngåelsen og at de vilkår som er inntatt i kontrakten er ment å inneha en virkning for å oppnå dette formålet. Operasjonshensynet viser til at man ved tolkningen ønsker å nå frem til et tolkningsresultat som gir avtalen virkning.¹⁰⁶ Partene har klart ønsket og oppnå noe med avtaleinngåelse og dermed blir hensynet til en operativ avtale logisk. Formål og operativitet er også relevante hensyn i internasjonale kilder til avtaletolkning. I PECL art. 5:102 hvor det følger at ”In interpreting the contract, regard shall be had, in

¹⁰³ Woxholth s 385.

¹⁰⁴ Giertsen, s. 107.

¹⁰⁵ Begreper som brukes av Woxholdt, se bla. Woxholdt s. 395.

¹⁰⁶ Hov, 92.

particular, to ... c) the purpose of the contract”.¹⁰⁷ Og i UNIDROIT art 4.5 følger det om operativitet at ”Contract terms shall be interpreted so as to give effect to all the terms rather than to deprive some of them of effect.”¹⁰⁸

Det legges således til grunn at kontraktsinnngåelsen og de inkorporerte vilkår er ment å gi en viss *mening*. At formålet med avtalen realiseres kan dessuten anses å ha vesentlig relevans i seg selv og kan knyttes opp mot at kontrakten blir operativ.¹⁰⁹ Hensynet til formålsrealisering og operative kontraktsvilkår kan til en viss grad derfor betraktes som sammenfallende.

Formålshensynet vil være knyttet til EA-klausulen på begge nivåer.¹¹⁰ Det første spørsmålet blir hva som er formålet bak selve klausulen og i forlengelse av dette blir det relevant å vurdere hvordan EA-klausulen vil regulere formålsbetraktninger ved tolkning av de øvrige avtalevilkårene. Gjennom en formålsrettet tolkning kan partenes formål ved avtaleinngåelsen komme til å tale for et annet tolkningsresultat enn ordlyden.¹¹¹ Imidlertid vil EA-klausulen neppe tolkes dit hen at den begrenser formålsrettet tolkning ved kontrakten for øvrig. Tanken om at kontrakten tjener et større formålet henger tett sammen med partsintensjonen som må anses å utgjøre en grunnpilar i norsk kontraktsrett. En slikt forståelse støttes opp av Pepsicodommen¹¹² hvor retten kom til at et kontraktsvilkår kunne utfylles slik at det best samsvarte med formålet det hadde. Rettspraksis taler dermed for at EA-klausulen ikke vil tolkes slik at den står i veien for en formålsrettet tolkning.

Det innholdet man tildeler EA-klausulen etter formålsrettet tolkning blir til en viss grad sammenfallende med operasjonshensynet. Dersom man i norsk rett ikke tar noen stilling til EA-klausulen vil den i hovedsak utgjøre et overflødig element i kontrakten. Spørsmålet er således hvorvidt formåls- og operasjonshensynet taler for at EA-klausulen må tolkes slik at den utgjør en virkning.

EA-klausulen er imidlertid ofte inntatt i avtaler uten å være et individualisert vilkår. All den tid klausulen ikke har vært gjenstand for diskusjon og overveielser taler dette for at

¹⁰⁷ En lignende bestemmelse fremgår fra UNIDROIT art 4.3 d.

¹⁰⁸ En lignende bestemmelse fremgår av PECL 5:106.

¹⁰⁹ Hov 92.

¹¹⁰ Bjørnstad s. 81.

¹¹¹ Woxholth s. 399.

¹¹² Rt. 1992 s. 796.

operasjonshensynet tillegges mindre vekt. I en dom fram Rt. 1981 s. 445 som omhandlet en standardkontrakt vedrørende salg av eiendom var spørsmålet hvorvidt kjøperen kunne kreve erstatning fra byggmesteren på grunn av sprekkdannelser i en forstøtningsmur. Høyesterett uttaler her i forbindelse med standardkontrakten på side 451 at ”Det er utvilsomt grunn til å utvise atskillig varsomhet ved tolkingen av en avtale som knytter seg til en standardkontrakt, som partene neppe i synderlig grad overveier innholdet av ved kontraktslutningen.” Ser man hen til de tidligere nevnte eksemplene fra rettspraksis må det kunne antas at operasjonshensynet er tillegges mindre vekt.

Formålshensynet kan også sees i sammenheng med hensynet til bakgrunnsretten. Til tross for at partene står fritt til å inngå en avtale på deklarasjonsområdet, vil denne i norsk rett likevel kunne være et tolkningsmoment. Argumentet som brukes i denne sammenheng er at dersom et tolkningsalternativ utgjør et stort avvik fra deklarasjonsregler kan det tale for at partene ikke hadde tilsikt et slikt avvik.¹¹³

Formålshensyn og bakgrunnsretten vil således kunne tale for at EA-klausulen ikke tillegges en virkning som klart avviker fra norsk tolkningslære og at EA-klausulen ikke bør begrense en formålsrettet tolkning. Operasjonshensynet taler for en annen tolkning av klausulen, men dette ser ikke ut til være tilstrekkelig tungtveiende.

¹¹³ Giertsen, s 117 med videre henvisninger.

3.4 Tolkning på bakgrunn av rimelighetsbetraktninger

3.4.1 Innledning

I avsnitt 2.2.2 ble rimelighetsvurderinger behandlet som et overordnet kontraktsrettslig hensyn som ligger til grunn for avtaletolkningen i norsk rett. Rimelighetsvurderinger kan trekkes inn i tolkningsprosessen på ulike måter og er begrunnet i en tanke om at avtalen er ment inngått på premisser som er rimelige for begge parter.

Når rimelighetshensyn benyttes som en tolkningsfaktor utgjør de en undergruppe av reelle hensyn.^{114, 115} Rimelighetshensyn kan bidra til at man kommer frem til et korrigerende tolkningsresultat, gjerne ved at et vilkår settes til side eller tolkes innskrenkende.¹¹⁶ Slike hensyn kan også utgjøre et moment ved utfylling av avtalen.

Med tanke på EA-klausulen som inntas i kontrakt for å øke forutberegnelighet i kontraktsforholdet kan rimelighetsbetraktninger på mange måter anses som kontrasterende. Rimelighetshensyn utgjør på en måte generelle momenter som står uavhengig av kontrakten og lar seg vanskeligere forenes med at kontrakten skal utgjøre ”the entire agreement”.

3.4.2 Lojalitetsprinsippet som tolkningsfaktor

Det tidligere nevnte lojalitetsprinsippet utgjør en rimelighetsvurdering som står særlig sterkt i kontraktsretten.¹¹⁷ Prinsippet går ut på at en kontraktspart plikter å ta hensyn til den andre parts interesser i avtaleforholdet. Prinsippet om rimelighet og god tro i kontraktstolkning i norsk rett medfører at partsautonomien kan få en svekke stilling i avtaleforholdet. Dette skjer

¹¹⁴ Woxholth s. 405.

¹¹⁵ Konsekvensorienterte vurderinger utgjør også en undergruppe av reelle hensyn. (Se Woxholdt s. 405). All den tid konsekvensorienterte vurderinger til en viss grad er sammenfallende med operativitetshensyn som er behandlet ovenfor vil dette ikke behandles nærmere her.

¹¹⁶ Woxholth s. 404.

¹¹⁷ Se for eksempel Rt. 2005 s. 268.

ved at domstolen kan komme til å se bort fra ordlyd som taler til fordel for den ene part dersom man mener det er tale om misbruk eller tilstrekkelig illojal opptreden hos vedkommende part.

Lojalitet mellom partene anses også som relevant ved tolkningen i internasjonale kilder. I PECL art 5:102 bokstav g) følger det at ”In interpreting the contract, regard shall be had, in particular, to (...) good faith and fair dealing”.

Det relevante spørsmålet er således hvorvidt lojalitetsprinsippet kan påvirke tolkningen av EA-klausulen. I kommersielle forhold er lojalitetsprinsippet i hovedsak knyttet til illojal opptreden. Dette må ses i sammenheng med parter i kommersielle kontrakter tildeles større individuelt ansvar ved kontraktsinngåelsen. Høyesterett har uttalt at ”Et langt stykke på vei må partene bære risikoen for egne forutsetninger, også hvor forutsetningene er klare nok for motparten.”¹¹⁸ Uttalelsen viser at terskelen for hvorvidt en part har opptrådt illojalt legges høyt. Dette skyldes at begge parter må bære risikoen for at avtalen utformes i samsvar med egne interesser.

Selv om terskelen er høy vil et vilkår som tydelig gir den ene part en klar fordel på den andres bekostning trolig kunne tolkes på en måte som bidrar til et mer balansert vilkår for begge parter. EA-klausulen vil imidlertid neppe anses som en tilstrekkelig ubalansert klausul og det vil vanskelig kunne tenkes at klausulen tolkes mot ordlyden på dette grunnlag. En mulig innfallspport finnes likevel der hvor den ene parten er den som har utformet klausulen og vært pådriveren for å få den inkorporert i kontrakten. Her kan klausulen komme til bli tolket i samsvar med uklarhetsregelen som vil si at den tolkes mot den parts fordel som forfattet vilkåret. Uklarhetsregelen vil behandles i det følgende avsnitt.

¹¹⁸ Rt. 2002 s. 1110 (s.1119).

3.4.3 Korrigerende tolkning

Uttrykket korrigerende tolkning referer til både innskrenkede og utvidende tolkning og skjer ofte på bakgrunn av rimelighetsvurderinger. Ved kontrakter tas utgangspunktet i utsagnets ordlyd og tolkningsresultatet blir således at utsagnet får en snevrere eller mer vidtgående mening enn ordlyden isolert sett ville tilsi. I engelsk rett vil det etter det vi har sett være lite rom for korrigerende tolkning all den tid man oppfatter kontrakten som mye mer uttømmende enn hva som er tilfellet i norsk rett.

EA-klausulen er i utgangspunktet svært generell og det vil således være mest nærliggende å tenke seg en innskrenkede tolkning. Et aspekt som aktualiserer innskrenkende tolkning av EA-klausulen er at den ikke direkte kan overføres med sitt fulle innhold fra engelsk rett. Som vi har sett tidligere er engelske kontrakter ofte lange og detaljerte da man ønsker å regulere alle elementer ved kontraktsforholdet i kontraktsdokumentet. I norsk kontraktstradisjon sikter man ikke mot heldekkende kontrakter på denne måten, men overlater deler av reguleringen til bakgrunnsretten.

Uklarhetsregelen kan tale for en innskrenkende tolkning av klausulen. Uklarhetsregelen er en supplerende tolkningsregel som tilsier at dersom et vilkår er uklart utformet vil det tolkes til ugunst for den som har forfattet vilkåret eller ønsket det med i kontrakten.¹¹⁹ Uklarhetsregelen kommer også til uttrykk i UNIDROIT-prinsippene, art. 4.6 hvor det følger at "if contract terms supplied by one party are unclear, an interpretation against that party is preferred". Uklarhetsregelen har i hovedsak sitt virkeområde i avtaler mellom næringsdrivende og private hvor den næringsdrivende har utformet vilkår uten at den private part kunne være delaktig i utformingen.¹²⁰ På bakgrunn av ansvaret som tildeles partene i kommersielle kontrakter vil terskelen være høyere for å tolke klausulen innskrenkende ved uklarhetsregelen.

Imidlertid finnes det eksempler fra rettspraksis hvor uklarhetsregelen har kommet til anvendelse mellom profesjonelle, likestilte avtaleparter. I en sak fra Høyesterett i Rt. 1961 s. 1022 hvor tvisten stod mellom en et forlag og en forhandler uttalte førstvoterende at "På

¹¹⁹ Woxholth, s 416.

¹²⁰ Giertsen, s. 119.

grunn av de særegne forhold ved kontraktsforholdet som jeg har nevnt, finner jeg at den uklarhet som består, må gå ut over forlaget. Det er en standardkontrakt, *utarbeidet av forlaget*, og *det ville vært en enkel sak å gi klar beskjed om det punkt som er omtvistet i saken*. Som et særskilt moment vil jeg også nevne at forlaget synes å ha lagt *stor vekt på å sikre sine interesser* ved formuleringen av kontrakten.”¹²¹

Dersom den ene part har vært forkjemperen for at klausulens inkorporeres i kontrakten og alene har stått for utformingen uten at den øvrige part ble invitert til forhandling, kan det tale for en tolkning mot vedkommende sin fordel. At Høyesterett vektlegger forlagets vekt på å sikre egne interesser kan ses opp mot at partene skal opptre lojalt i kontraktsforholdet. EA-klausulen kan vanskelig tenkes å være mer fordelaktig for en av partene og en eventuell fordel vil vanskelig kunne forutses forut for kontraktsinngåelsen. Dette taler således for at EA-klausulen tvilsomt vil kunne tolkes innskrenkende på bakgrunn av uklarhetsregelen.

Hindrer EA-klausulen korrigering av den øvrige kontrakten?

Dersom EA-klausulen etter en tolkning innebærer at prekontraktuelle forhold må avskjæres ved tolkning av øvrige kontraktsvilkår vil man ikke kunne legge et korrigerende tolkningsresultat til grunn på bakgrunn av denne tolkningsfaktoren.

Imidlertid vil utvidende og innskrenkende tolkningsresultater kunne sluttet på bakgrunn av øvrige grunnlag. Som vi har sett tidligere vil kontraktens formål og graden av avvik fra bakgrunnsretten kunne si noe om hva som er forutsatt mellom partene. Også sammenhengsslutninger og generelle rimelighetsvurderinger vil kunne bidra til korrigering av kontrakten.¹²² På denne måte vil retten kunne hente ut visse partsforutsetninger på et objektivt grunnlag og med utgangspunkt i selve kontrakten. Dette gjøres da uten å se hen til de forhold som fant sted forut for kontraktsinngåelsen. Slik vil EA-klausulen utgjøre en liten begrensning for korrigerende tolkning på andre grunnlag enn prekontraktuelle forhold.

¹²¹ Rt. 1961 s. 1022 (s.1025).

¹²² Bjørnstad, s.101 med videre referanser.

3.5 Tolkning og utfylling

Avtaletolkningen inngår som nevnt i det som kalles *tolkningslæren*. Imidlertid vil også utfylling av kontrakten inngå i dette begrepet, og det kan dermed tales om tolkning i vid og snever forstand.¹²³ Også ved utfylling er målet å fastlegge partenes forpliktelser ved avtalen. Der hvor man med tolkning søker å fastlegge hva partene har avtalt, kan man si at utfylling er prosessen hvor man bruker lovfestede og ulovfestede kontraktsrettslige regler for å løse de spørsmål som avtalen ikke regulerer.¹²⁴ I tilfeller hvor avtalen ikke regulerer det som søkes avklart taler man i juridisk teori gjerne om ”avtaletomme” rom.¹²⁵

Det kan det være vanskelig å trekke et skarpt skille mellom hva som avtaletolkning og når det er tale om utfylling av avtalen.¹²⁶ Woxholth taler om at tolkning viser til det ”egentlige” avtaleinnholdet, mens man ved utfylling er tale om det avtaleinnholdet man kommer fra til ”til slutt”.¹²⁷ Enkelt kan man si at det som skiller tolkning fra utfylling er hvorvidt spørsmålet søkes løst med ”forankring i kontrakten som tolkningsgjenstand”.¹²⁸ I tillegg kan det være vanskelig å trekke skille mellom utfylling og når det er tale om utvidende tolkning og bruk analogier.

Det problematiske ved utfylling er at man går bort fra selve kontraktsdokumentet ved å fastlegge avtalens innhold på grunnlag av forhold som ligger utenfor kontrakten. Dette vil ved første øyekast være i strid med at avtalen i seg selv utgjør ”the entire agreement”. Utfyllingsbegrepet kan gjerne deles opp i konkret og regelbestemt utfylling.¹²⁹ Den førstnevnte prosessen viser til utfylling av avtalen i lys av reelle hensyn, mens sistnevnte prosess henviser til hvor man supplerer kontrakten med bakgrunnsrett.

¹²³ Woxholth, s. 432 og Erik Monsen, ”Om utfylling av kontrakt i lys av Rt. 2010 s. 24 (Hanekleivdommen)”, *Jussens venner* 06/2010, s. 385 s. 324.

¹²⁴ Giertsen, s. 96.

¹²⁵ Erik Monsen, ”Om utfylling av kontrakt”, *Jussens venner*, 06/2010, vol. 45, s. 384-408 (s. 385).

¹²⁶ Giertsen, s. 96 med henvisninger.

¹²⁷ Woxholth, s. 432.

¹²⁸ Monsen, ”Om utfylling av kontrakt”, s. 386.

¹²⁹ Woxholth, s. 381.

Dersom avtalen er tom vedrørende et spørsmål vil det mest nærliggende i henhold til EA-klausulen være å tolke tausheten antitetisk.¹³⁰ Slik handler man i større grad i samsvar med at kontrakten utgjør den fullstendige avtalen mellom partene. En enkel forklaring på dette er at dersom et tilfelle eller omstendighet ikke er regulert i kontrakten er det heller ikke tale om noen forpliktelse eller rettighet hos partene ved et slikt tilfelle. Et konkret eksempel kan være at dersom kontrakten er taus vedrørende sanksjoner ved oppsigelse av avtalen, foreligger det heller ingen sanksjoner dersom en part vil bryte ut av kontrakten.

Imidlertid vil en antitetisk tilnærming ikke alltid være mulig. Eksempelvis kan kontrakten være taus vedrørende stedet for en vareleveranse. I et slikt tilfelle blir utfylling av kontrakten helt nødvendig for at kontrakten skal kunne oppfylles. Norske domstoler vil lite trolig stå tilbake for en utfylling av kontrakten i slike tilfeller. Også her blir det aktuelt hvorvidt klausulens generelle og spesielle del tolkes som en helhet eller som to separate deler. Kommer man til at avtalen inneholder "the entire agreement" uavhengig av at dette skjer på bakgrunn av å ekskludere de prekontraktuelle forhold synes all utfylling å være i strid med klausulen. Dersom man ser den generelle og spesielle delen i sammenheng blir tilfellet et annet. Da kan det benyttes andre tolkningsfaktorer i utfyllingsprosessen enn de forhold som eksplisitt fremkommer i EA-klausulen. I *Pepsico-dommen* benyttet Høyesterett blant annet en formålsrettet tolkning for å fylle tomrom i kontrakten.

¹³⁰ Bjørnstad, s. 110.

4 Avslutning

4.1 Kort sammendrag

EA-klausulen ser ut til å spille en mindre rolle ved avtaletolkningen i norsk rett. Et eksplisitt valg til fordel for norsk bakgrunnsrett ser ut til å være et hovedargument for denne konklusjonen.

Fra et teoretisk ståsted vil en del falle ned på hvorvidt man tolker klausulens spesielle og generelle del som en helhet eller to separate deler. Dersom man faller ned på førstnevnte forståelse ser man at man i norsk tolkningslære kan benytte tolkningsfaktorer som ligger utenfor kontrakt, slik at de prekontraktuelle forhold ikke nødvendigvis blir avgjørende for tolkningsresultatet.

Dersom man tolker den generelle delen som en selvstendig del, viser imidlertid både rettspraksis og den øvrige drøftelsen at valget av norsk bakgrunnsrett taler med avgjørende vekt for at kontrakten likevel skal reguleres etter norske tolkningsprinsipper. Også ved en slik tolkning ser EA-klausulen ut til å tillegges en mindre betydelig virkning. Man kan imidlertid tenke seg at retten vil forsøke å se bort fra de mer generelle rimelighetsvurderinger ved utfylling og i større grad holde seg til en regelbestemt utfylling dersom kontrakten er taus.

Min konklusjon er for øvrig at klausulen vil tolkes slik at den medfører begrensede virkninger i norsk tolkningslære. De avvik fra norske tolkningsprinsipper jeg anser som mest sannsynlig er at norske domstoler kan komme til å se bort fra de prekontraktuelle forhold som eksplisitt konkretiseres i klausulens spesielle del.

Drøftelsen viser etter min mening at EA-klausulen er lite tilpasset norsk rett og norske regler for avtaletolkning. EA-klausulen har således behov for en revidering for å være i stand til å tjene formålet om økt forutberegnelighet når inkorporert i kontrakter som skal reguleres av norsk rett.

4.2 EA-klausuler og fremtidige kontrakter

Foregår det en endring av tolkningsprinsippene?

I forlengelse av drøftelsen vil det avslutningsvis være interessant å vurdere hvorvidt det foregår en endring av avtaletolkningen på bakgrunn av angloamerikansk innflytelse på kontraktsutformingen. Høyesteretts uttalelse i Rt. 2002 s. 115 støtter opp under en utvikling mot større vektlegging av ordlyden. På side 1159 i dommen vises det til at en objektiv tolkning er særlig viktig mellom kommersielle aktører på grunn av ”forretningslivet behov for sikkerhet og forutberegnelighet, som åpenbart fremmes best av en tolkning basert på objektive, tilgjengelige elementer.” Også hensynet til forutberegnelighet og sikkerhet for tredjeparter vektlegges. Det uttales videre at en ”fortolkning basert på avtalens ordlyd kan være økende.” Det kan diskuteres hvorvidt den norske kontraktpraksis er i ferd med å bevege seg bort fra den tidligere vektlegging av lojalitets- og rimelighetshensyn som en konsekvens av den angloamerikanske påvirkningen. Slik kan det tenkes at domstolene vil være mer oppmerksomme på hvordan å forholde seg til klausuler som understreker ordlydens betydning for forutberegneligheten.

På den annen side står lojalitetsprinsippet og hensynet til rimelige og rettferdige løsninger stadig sterkt i norsk rettstanke. Som vi har sett i flere bestemmelser har også internasjonale harmoniseringsinstrumenter som UNIDROIT-prinsippene og PECL henvisninger til rimelighets- og rettferdighetsbetraktninger.

I den tidligere nevnte saken fra Court of Appeal¹³¹ kom Lady Justice Arden med argumenter tilknyttet EA-klausulen som gikk utover det normale utgangspunktet ved engelsk avtaletolkning. Argumentasjonen for en mer vidtgående tolkning av EA-klausulen blir gjort på bakgrunn av internasjonale kilder, herunder UNIDROIT art 4.3. I henhold til partsintensjonen fremgår det av avsnitt 57 at ”If the judge's ruling in this case expresses the general position in law, the result would be that the parties' meaning would be adopted if they defined the term *in their written contract* but not if they only did so only in the course of pre-contractual negotiations. Moreover, in that latter event, the meaning given to the term by the

¹³¹ Proforce Recruit Limited v the Rugby Group Limited (2006) EWCA Civ 69.

court would prevail, and (if the court's meaning is one which is different from that on which both parties in fact proceeded) a party would be able to *avoid its contractual obligations deriving from the parties' meaning*. That may be the law but, if it is, it is not, on the face of it, an attractive result.” (mine uthevninger).

I forlengelse av norsk rettspraksis sin søken mot en mer objektiv avtaletolkning og Lady Justice Ardens uttalelser kan det vurderes hvorvidt de ulike tilnærminger til avtaletolkning kan møtes et sted på halvveien. De internasjonale harmoniseringsinstrumenter kan her spille en viktig rolle i å kartlegge veien videre.

Er en endring av tolkningsprinsippene nødvendig for å opprettholde hensynet til forutberegnelighet?

Et annet spørsmål er hvorvidt det er egentlig nødvendig med en endring av reglene for avtaletolkning for å oppnå en harmoniserende internasjonal kontraktsrett.

I *Pepsico-dommen*¹³² utgjorde EA-klausulen ingen begrensninger for at vilkår kunne tolkes på bakgrunn av tolkningsmomenter som lå utenfor kontrakten og det blir anvendt både forhandlinger og formålstjenlig tolkning i tolkningsprosessen. I dommen fra Borgarting lagmannsrett.¹³³ kommer retten vel og merke etter en ordlydstolkning til at det kun er avtaleteksten som kan benyttes som tolkningsmoment, men kommer likevel til at det ikke kan tilsi at det er avtalt et avvik fra reglene for avtaletolkning i norsk rett. Også her blir de omstridte avtalevilkårene tolket i lys av partenes forhandlinger og i tråd med hva som må antas å ha vært partenes intensjon. De norske rettsavgjørelsene tolker dermed avtalen slik at EA-klausulen ikke legger begrensninger for selve tolkningen og således i samsvar med EA-klausulens funksjon i engelsk rett.

Rettsavgjørelsene fra engelsk og norsk rett ser således ut til å nå det samme resultat som i engelsk rett selv om innfallsporten som benyttes er forskjellig. Dette kan tale for at ulike tolkningsprinsipper ikke nødvendigvis medfører en ulik konklusjon i henhold EA-klausulen. Imidlertid er det vanskelig å avskjære faren for at dette kun er et utslag av ren tilfeldighet.

¹³² Rt. 1992 s. 796.

¹³³ LB-2012-017208, (Borgarting lagmannsrett 2013-06-10).

Dersom dette er tilfellet kan man neppe mene at hensynet til sikkerhet og forutberegnelighet er tilstrekkelig opprettholdt i avtaler hvor det inkorporeres EA-klausuler.

Litteraturliste

Bøker:

Cartwright, John, *Contract law – An introduction to the English Law of contract for the civil lawyer*, (Oxford and Portland, Oregon 2013).

Cordero-Moss, Giuditta, *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*, (Cambridge 2001).

Fontain, Marcel, De Ly, Filip, *Drafting International contracts – an analyses of contract clauses*, (New York 2006).

Garner, Bryan A, *Black Laws dictionary*, 8. utgave, (St.Paul, Minn 2004).

Giertsen, Johan, *Avtaler*, (Oslo 2006).

Goode, Ray, Kronke, Herbert, McKendrick, Ewan, *Transnational commercial law* (New York 2007).

Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, 2. utgave, (Oslo 2011).

Hov, Jo, *Avtalerett*, 3. utgave (Oslo 1993).

McKendrick, Ewan, *Contract Law, text, cases and Materials*, 5. utgave, (Oxford 2012).

Skarning, Nicolay, *Kontraktsrett i Norge, Skottland og England: En praktisk håndbok*, (Oslo 2001).

Woxholht, Geir, *Avtalerett*, 9. utgave (Oslo 2014).

Artikkel i tidsskrift og artikkelsamlinger:

Bjørnstad, Henrik Wærsted, "Entire agreement", *Institutt for privatrett*, skriftserie 177, 2009.

Cordero-Moss, Giuditta, "Anglo-American Contract Models and Norwegian or other Civilian Governing Law", *Institutt for privatrett* skriftserie 169, 2007

Cordero-Moss, Giuditta, "International commercial contracts", *Industribygg og rettsutvikling, juridisk festskrift i anledning Hydros 100-årsjubileum*, Bergen 2005, s.301-316.

Cordero-Moss, Giuditta, "International commercial contracts", Is Non-state Law to Be Preferred? The difficulty of Interpreting Legal Standards such as Good Faith", *Global Jurist*, Volum 7, Issue 1, 2007

Cordero-Moss, Giuditta, "International Commercial Law", *Institutt for privatrett* skriftserie 185, 2010

Hasaas, Olav, "Lojalitetsplikt i norske og internasjonale kontraktsforhold", *Industribygg og rettsutvikling, juridisk festskrift i anledning Hydros 100-årsjubileum*, Bergen 2005, s. 329-338.

Monsen, Erik, "Om utfylling av kontrakt i lys av Rt. 2010 s. 24 (Hanekleivdommen)", *Jussens venner* 2010, vol.45(06), s. 384-408.

Monsen, Erik, "Primært rettsgrunnlag i kontraktsretten", *Jussens venner*, 2012, Vol.47(06), s.319-345

Mikelsen, Anders, "Henvisninger til engelsk rett i kontrakter underlagt norsk rett", *tidsskrift for rettsvitenskap* 04-05/2008 s. 533

Ringvoll, Linn Hoel, Leonhardsen, Erlend M. "Pragmatisk i prinsippet – om lojalitetsprinsippet i kontraktsforhold", *Jussens venner*, 2007 Vol.42(01), s.37-55.

Teubner, Gunther, "Global Bukowina" Legal Pluralism in the World Society, i Gunther Teubner (ed.), *Global Law Without a State*, Brookfield: Dartmouth 1997, 3-28

Norsk retstidende:

Rt. 2011 s. 65

Rt. 2005 s. 268

Rt. 2002 s. 1155

Rt. 2002 s. 1110

Rt. 1997 s. 1807

Rt. 1992 s. 796 (Pepsico)

Rt. 1981 s. 445

Rt. 1961 s. 1022

Rt. 1960 s. 26

Underrettsavgjørelser:

LA-2013-157761, (Agder lagmannsrett, 2014-05-27)

LB-2012-017208, (Borgarting lagmannsrett, 2013-06-10)

LG-1995-00520 (Gulating Lagmannsrett, 1997-01-27)

Engelsk rettspraksis:

Proforce Recriut Limited v the Rugby Group Limited
(2006) EWCA Civ 69 (Court of Appeal)